

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Offre de base et variantes

Van Melsen, Renaud; Vandeburie, Aurélien

Published in:

Jaarboek overheidsopdrachten - Chroniques des marchés publics 2009-2010

Publication date:

2010

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Van Melsen, R & Vandeburie, A 2010, Offre de base et variantes: notions et régime dans la réglementation sur les marchés publics. Dans *Jaarboek overheidsopdrachten - Chroniques des marchés publics 2009-2010*. EBP, Bruxelles, p. 723-751.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

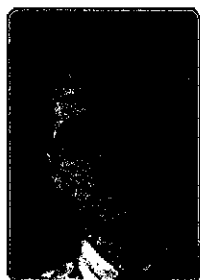
- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

OFFRE DE BASE ET VARIANTES: NOTIONS ET RÉGIME DANS LA RÉGLE- MENTATION SUR LES MARCHÉS PUBLICS

AURÉLIEN VANDEBURIE et RENAUD VAN MELSEN



RÉSUMÉ

Cette contribution se donne pour objet d'examiner le régime des variantes. Celui-ci n'est toutefois examiné dans ses différents aspects qu'après avoir cerné plus nettement les notions de variante et d'offre de base. Sont ensuite successivement examinés la question de l'admissibilité des variantes dans les différents modes de passation, les conséquences s'attachant tant à la remise d'une variante irrégulière ou non (légalement) admissible qu'au défaut de remise d'une variante ou d'une offre de base, le classement et l'évaluation des offres en présence de variantes et, enfin, la régularisation de l'offre de base au moyen de variantes.

SAMENVATTING

Deze bijdrage beoogt het stelsel van de varianten te onderzoeken. Vooraleer hierop verder in te gaan dienen echter eerst de begrippen variante en basisofferte nader te worden afgebakend. Daarna komen achtereenvolgens aan bod de toelaatbaarheid van varianten in de verschillende gunningswijzen, de gevolgen van zowel een indiening van een onregelmatige of niet (wettelijk) toelaatbare variante als van het gebrek aan een basisofferte in te dienen, de rangschikking en beoordeling van de offertes wanneer varianten werden aangeboden en, tenslotte, de regularisatie van de basisofferte met behulp van varianten.

☆☆☆

PLAN

Introduction	725
I. Les notions d'offre de base et de variante	725
II. Le régime des variantes et de l'offre de base	733
A. L'admissibilité des variantes dans les différents modes de passation	733
B. La régularité des variantes remises	740
C. L'incidence du dépôt d'une variante non autorisée et de l'omission d'une variante ou de l'offre de base	743
D. La comparaison, l'évaluation et le classement des offres en présence de variantes	746
E. La régularisation de l'offre de base au moyen de variantes	749
Conclusion	751

☆☆☆

Introduction

1. **Objet et structure** – A quelques notables exceptions près, la problématique des variantes n'a que peu retenu l'attention de la doctrine, au-delà des développements convenus. Elle suscite pourtant de délicates questions, notamment en termes d'évaluation des propositions, dissemblables, en vue de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse.¹

La qualification même de variante, et son corollaire, l'offre de base, font l'objet d'une divergence de conception largement inexprimée, à l'origine de certaines tensions qui ont récemment traversé la jurisprudence du Conseil d'Etat en la matière.

Il s'impose dès lors, en premier lieu, dans une étude qui se donne pour objet d'examiner le régime des variantes, de cerner plus nettement les notions de variante et d'offre de base (I), avant d'analyser, dans une seconde partie, leur régime sous différents aspects (II). Y seront alors successivement examinés la question de l'admissibilité des variantes dans les différents modes de passation (A), les conséquences s'attachant tant à la remise d'une variante irrégulière (B) ou non (légalement) admissible qu'au défaut de remise d'une variante ou d'une offre de base (C), le classement et l'évaluation des offres en présence de variantes (D) et, enfin, la régularisation de l'offre de base au moyen de variantes (E).

A cet effet, la présente contribution examinera la réglementation des marchés publics ainsi que la jurisprudence de la Cour de justice et du Conseil d'Etat relatives aux différentes questions épinglées ci-dessus.

I. Les notions d'offre de base et de variante

2. **Exception à la règle de l'offre unique** – L'absence de définition légale ou réglementaire du concept de variante, tant en droit communautaire qu'interne, a été souligné à plusieurs reprises², et participe assurément aux incertitudes qui entourent cette technique.

Les arrêtés d'exécution de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services disposent cependant tous deux que « *sans préjudice des variantes éventuelles, chacun des soumissionnaire ne peut remettre qu'une offre par marché* ».³

1 Sont visées par là les procédures de passation où l'évaluation des offres s'opère à l'aune de plusieurs critères d'attribution, à savoir au premier chef tout appel d'offres mais également la procédure négociée où le pouvoir adjudicateur opérerait pour une pluralité de critères.

2 Voy. notamment, à propos des variantes libres, J. TIMMERMAN, « De vrijheid van vrije varianten is begrensd en (streng) gesanctioneerd », *Entr. & Dr.*, 2009, p. 225 et, en droit communautaire, A.L. DUVVILLOUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire. Analyse critique d'un système*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 487, n° 442-443.

3 Article 103 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, *M.B.*, 26 janvier 1996 (ci-après « A.R. n° 1 »); article 91 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures

D'emblée, les variantes sont ainsi conçues comme une exception à la règle de l'unicité des offres, qui implique que tout soumissionnaire est tenu de définir lui-même l'offre à son estime la plus intéressante, qu'il proposera seule à l'appréciation du pouvoir adjudicateur.⁴ Il s'agit d'une consécration réglementaire d'une exigence que le Conseil d'Etat avait déjà déduite du nécessaire respect de l'égalité de traitement des soumissionnaires.⁵

Plusieurs effets s'attachent à cette contrainte.

Tout d'abord, les variantes et la solution de base constituent des offres en règle indépendantes l'une de l'autre, qui appellent un traitement et une évaluation distincts.⁶

Ensuite, un pouvoir adjudicateur ne peut valablement prendre en considération une proposition émanant d'un soumissionnaire qui a déjà remis une offre pour ce même marché que lorsque celle-ci rencontre les conditions d'une variante admissible.^{7,8}

3. Caractéristiques des variantes Ces considérations laissent cependant intacte la question de la teneur des variantes. Celles-ci sont généralement présentées comme des alternatives aux spécifications régissant la conception, le procédé ou les caractéristiques techniques d'un projet de base, décrit dans le cahier spécial des charges.⁹

A défaut de dispositions contraires, ces propositions alternatives peuvent à notre sens, comme d'autres l'ont déjà exposé à raison¹⁰, non seulement porter sur les exigences techniques mais également s'étendre aux conditions financières et juridiques appelées à gouverner le marché, telles les modalités de financement ou de prestation¹¹, dans la mesure du moins où la réglementation en vigueur admet d'autres conditions que celles décrites dans la solution initiale prescrite par le cahier spécial des charges.¹² Les améliorations et innovations que permettent la technique des variantes peuvent dès lors également être encouragées sur ce plan. Les documents du marché devront cependant veiller à encadrer et définir strictement les paramètres et exigences en la matière, dans le but d'éviter que les propositions des soumissionnaires ne dénaturent l'objet même du marché et afin d'assurer une comparabilité des offres sur les points concernés, notamment en prévoyant des critères d'attribution susceptibles de départager les différentes solutions.¹³

Indépendamment de l'aspect sur lequel elle porte, une variante se caractérise donc nécessairement par un écart des spécifications que le pouvoir adjudica-

- 9 C.E., n° 81.418, 29 juin 1999, s.p.r.l. Maesservice, point 4.5.3; C.E., n° 120.103, 3 juin 2003, b.v.b.a. Aelterman e.a., Entr. & Dr., 2004, p. 196 (« dat [...] niet wordt ingezien op welke wijze een vrije variatie dan terzelfder tijd aan alle technische vereisten van het bestek zou voldoen en toch nog zou verschillen van een basisaanbod »; dat dienvolgens de bepalingen van artikel 115 de inhoud van het begrip vrije variatie lijken te schenden »; nous soulignons); C.E., n° 186.371, 18 septembre 2008, t.h.v. Depret-Roegiers, point 9, a contrario; C. De Koninck, *Overheidsopdrachtenrecht (klassieke sectoren) - Algemene inleiding - Gunning van overheidsopdrachten*, Anvers, Maklu, 2004, 2^{ème} éd., p. 183; D. Hooghe, *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten*, op. cit., pp. 331-332, n° B30; P. Flamme, J. Ghyssels et K. Wauters, « Bekendmakings-, selectie- en gunningsvoorschriften in de klassieke sectoren voor overheidsopdrachten (slot) », C.D.P.K., 2003, p. 89, n° 72; P. Flamme et K. Wauters, *Overheidsopdrachten. Overzicht van rechtspraak Raad van State 1997-2005*, Bruges, Vanden Broele, 2005, pp. 53-54, n° 89; M.-A. Flamme, Ph. Matheï, Ph. Flamme, A. Delvaux et C. Dardenne, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, Bruxelles, Confédération nationale de la construction, 1996-1997, T. 1A, p. 938.
- 10 A.L. Durvaux, *Logique de marché et marché public en droit communautaire. Analyse critique d'un système*, op. cit., pp. 488-489, n° 444; Ph. Flamme, M.-A. Flamme et C. Dardenne, *Les marchés publics européens et belges - L'irrésistible européanisation du droit de la commande publique*, Bruxelles, Larlier, 2009, 2^{ème} éd., p. 187, n° 149; L. Schellekens, « De vaststelling van de voorwaarden voor de gunning van de opdracht », op. cit., p. 472, n° 817. Bien que la question n'était pas abordée ni discutée sous cet angle, le Conseil d'Etat a admis la qualification de suggestion, ancêtre des variantes libres, d'une alternative relative aux modalités d'exécution des travaux formant l'objet du marché, plus particulièrement du moment de leur réalisation (C.E., n° 67.852, 29 août 1997, n.v. Struhton De Meyer, point 5.4.2).
- 11 Ainsi la nature ou l'importance des garanties financières proposées, outre le cautionnement qu'impose le cahier général des charges, les délais d'exécution ou d'intervention, l'ordre de succession des différentes opérations à accomplir ou encore la fréquence des visites et contrôles d'entretien. Ce domaine recouvre en réalité tous les aspects non techniques de l'engagement des soumissionnaires.
- 12 Tel n'est pas le cas si l'exigence résulte d'une disposition légale ou réglementaire touchant à l'ordre public ou, plus rarement, impérative.
- 13 Sur cette question, voy. également *infra*, n° 16.

- et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, M.B., 26 janvier 1996 (ci-après « A.R. n° 2 »).
- 4 D. D'Hooghe, *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten*, Bruges, die Keure, 1997, p. 509, n° 1338; L. Schellekens, « De vaststelling van de voorwaarden voor de gunning van de opdracht », in D. D'Hooghe (éd.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Bruges, die Keure, 2009, p. 467, n° 805. Cette question est intimement liée au risque que supporte le soumissionnaire dans le choix de l'offre proposée, si le pouvoir adjudicateur ne partage pas cette appréciation et lui préfère des aspects, caractéristiques ou matériaux proposés par d'autres.
- 5 Voy. notamment C.E., n° 57.019, 13 décembre 1995, s.a. Drager Ballings, spéc. point 2.4.2, qui fonde également sa solution sur une préservation du sens utile des modalités de retrait ou de modifications d'offres déjà envoyées et remises, désormais inscrites aux articles 105 de l'A.R. n° 1 et 93 de l'A.R. n° 2, et précise « que l'introduction d'une soumission pour un produit conforme, mais qualitativement supérieur à ce qui était prévu par le cahier spécial des charges, ne peut constituer un motif valable pour introduire, outre la première soumission, une seconde soumission, plus intéressante au point de vue du prix, pour un produit de moindre qualité, mais également conforme »; C.E., n° 81.861, 15 juillet 1999, n.v. JC Decaux Belgium Publicité, point 3.3.1; Cour des comptes, 158^{ème} cahier, observations et documents soumis à la Chambre des représentants, session 2001-2002, p. 153; M.-A. Flamme, Ph. Matheï, Ph. Flamme, A. Delvaux et C. Dardenne, *Commentaire pratique sur la réglementation des marchés publics*, Bruxelles, Confédération nationale de la construction, 1996-1997, T. 1A, p. 938.
- 6 Voy. *infra*, spéc. n° 12, 17 et 18.
- 7 Voy. C.E., n° 57.019, 13 décembre 1995, s.a. Drager Ballings, point 2.4.3: « en cas d'adjudication et d'appel d'offres, le seul motif admissible pour introduire plusieurs soumissions pour un même marché doit être fourni par le cahier spécial des charges lui-même, à savoir, lorsque celui-ci autorise ou impose des variantes, ou encore, permet des suggestions en cas d'appel d'offres ».
- 8 Ce principe a été récemment remis en cause par un jugement inédit du tribunal de première instance de Liège, siégeant en référés, du 1^{er} décembre 2009. En l'espèce, le marché lancé par appel d'offres général avec publicité européenne comportait trois lots. Les demanderesse avaient déposées des offres individuelles pour chacun des lots et une offre en association momentanée pour les trois lots groupés. Le tribunal admet qu'en vertu des articles 93 et 103 de l'A.R. n° 1, les demanderesse ne pouvaient, alors qu'elles avaient introduit une offre en association momentanée pour les trois lots, introduire d'offres à titre personnel. S'appuyant sur un arrêt de la Cour de justice du 19 mai 2009 (C-538/07, *Assitur*), le tribunal ordonne toutefois que soit suspendue la décision d'attribution du marché au motif que la législation en vigueur ne permet pas aux soumissionnaires qui ont vu leurs soumissions écartées de démontrer que dans leur cas l'existence de deux offres n'était pas de nature à fausser le jeu de la concurrence. S'il relève que la réglementation applicable en l'espèce n'interdit pas aux demanderesse de déposer une offre, mais uniquement une seconde offre différente et conforme au cahier des charges, le tribunal observe que la sanction de ces dispositions est l'écartement des deux offres de telle sorte que le soumissionnaire est bien écarté du marché public.

teur, à travers le cahier spécial des charges, envisage en ordre principal¹⁴ et, par tant, par un défaut de conformité à ces conditions.

À la lumière de la règle de l'offre unique, il en découle qu'un pouvoir adjudicateur ne pourra, en règle, jamais prendre en considération deux offres conformes aux exigences de base émanant d'un même soumissionnaire. En ce cas, soit ce soumissionnaire a introduit deux offres qualifiées de base, ce qui entache d'irrégularité substantielle la soumission dans son intégralité¹⁵, soit il a remis, à côté d'une offre de base, une variante irrégulière.¹⁶

4. Définition des offres – Au regard des développements qui précèdent, les notions de variante et d'offre de base peuvent être appréhendées sous deux angles différents.

Dans une perspective pouvant être décrite comme matérielle, qui est celle des chambres néerlandophones, doit être qualifiée de variante une proposition qui s'écarte des prescriptions (de base) du cahier spécial des charges, tandis qu'une offre répondant à celles-ci s'analyse en une offre de base, quel que soit par ailleurs leur libellé.¹⁷ La conception, plus formelle, qu'adoptent implicitement les chambres francophones¹⁸ privilégie à l'inverse, dans l'identification des variantes et de l'offre de base, les indications données par le soumissionnaire. L'optique retenue a des implications pratiques considérables puisqu'elle

14 Les variantes autres que libres sont en effet également décrites entièrement dans le cahier spécial des charges (voy. *infra*, n° 5), de sorte que cette circonstance ne peut servir de critère de distinction.

15 C.E., n° 120.103, 3 juin 2003, *b.v.b.a. Aelterman e.a.*, op. cit., p. 193 et avis J. STEVENS; C.E., n° 137.788, 30 novembre 2004, *n.v. Syncera Belgium*, spéc. point 3.2.2; C.E., n° 168.570, 6 mars 2007, *b.v.b.a. Uniform Diffusion*, Entr. & Dr., 2007, pp. 154-155, spéc. points 8.3 et 9.2; C.E., n° 195.256, 14 juillet 2009, *n.v. JC Decaux Belgium Publicité*, point 4.1 («[h]et indienen van meer dan één bestekconforme offerte voor dezelfde opdracht leidt dus tot de substantiële onregelmatigheid van al deze offertes»); voy. également C.E., n° 164.972 et 164.973, 21 novembre 2006, *n.v. Fire Technics*; C.E., n° 182.224 22 avril 2008, *n.v. CCV-Cardon*; 8. SCHUYER, «De rechtspraak van het Hof van Justitie (1998-2004) en de Raad van State (1998-2003) inzake de gunning van overheidsopdrachten», T. Gem., 2005, p. 108, n° 44.

16 Le sort à réserver à la soumission dans un tel cas sera analysé *infra*, n° 12.

17 Voy. C.E., n° 168.570, 6 mars 2007, *b.v.b.a. Uniform Diffusion*, op. cit., pp. 154-155, spéc. point 8.3: «dat de zogenoemde variante van verzoekende partij geen variante lijkt waarin het bestek voorziet maar een tweede basisofferte; [...] dat verzoekende partij in geen enkel geval lijkt aan te tonen dat ze een variante heeft ingediend zoals het bestek die verstaat; [...] dat verzoekende partij geen variante lijkt te hebben ingediend doch een offerte, onder de mom van vrije variante, die net als wat ze betitelt als haar basisofferte, kan doorgaan als een basisofferte; dat het daarbij niet relevant is dat verzoekende partij zelf op haar offerte heeft vermeld dat het een variante betreft en geen basisofferte» (nous soulignons). Comp. C.E., n° 120.103, 3 juin 2003, *b.v.b.a. Aelterman e.a.*, op. cit., pp. 196-197: «dat de verzoekende partijen naast hun basisofferte en naast de voornoemde derde offerte (die zij als "vrije variante II" aanmerken) nog een tweede offerte – voor een dubbele basculebrug – hebben ingediend (door hen "vrije variante I" genoemd); dat de basisofferte en die tweede offerte lijken te voldoen aan de technische voorschriften van het bestek zodat dienvolgens, aangezien zoals reeds is vastgesteld te dezen geen vrije varianten toegestaan lijken, de verzoekende partijen twee bestekconforme offertes hebben ingediend, hetgeen in tegenstrijd lijkt met artikel 103 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996» (nous soulignons).

18 Voy. C.E., n° 168.573, 7 mars 2007, *s.a. A.L.E.X.*, Entr. & Dr., 2007, p. 162, où, à propos de la qualification des propositions remises, la Haute juridiction administrative expose que le soumissionnaire concerné «a, clairement et sans ambiguïté, présenté une offre de base et une variante libre qu'il a explicitée et justifiée; que la partie adverse a commis une erreur en qualifiant la variante libre litigieuse de seconde offre de base eu égard au contenu de la soumission» (nous soulignons). Le cahier spécial des charges d'application disposait certes que «[l]e soumissionnaire doit, sous peine de nullité absolue de la soumission entière, clairement mentionner quelle offre forme son offre de base lorsqu'une offre de base est présentée», mais la décision ne se réfère pas à cette clause pour fonder la solution retenue.

conditionne le traitement réservé à certaines questions du régime des variantes abordées ci-après, tels que le sort de variantes non (légalement) autorisées ou encore l'admissibilité d'une régularisation de l'offre de base au moyen de variantes.

La seconde approche emporte notre la préférence. Le contenu d'une offre proposée en base ou en variante, et sa conformité aux exigences s'appliquant au type d'offre en cause, constitue en effet une condition de sa régularité matérielle mais ne saurait, sans verser dans la tautologie, déterminer sa qualification. La Cour de justice a ainsi décidé, à propos de l'admissibilité de variantes libres en appel d'offres, que «la prise en considération des variantes [...] est subordonnée à l'indication, dans le cahier des charges, des conditions minimales que ces variantes doivent respecter».¹⁹ Celles-ci constituent dès lors une exigence de recevabilité²⁰ d'une offre déjà identifiée comme variante, et non un élément de sa qualification.²¹

Au même titre qu'il appartient au soumissionnaire, en l'absence de variantes admises²², de définir sa meilleure offre, sans pouvoir abandonner ce choix au pouvoir adjudicateur²³, la qualité d'offre de base et de variante des propositions déposées doit à notre sens relever d'une manifestation de la volonté de l'offrant, qui lie le pouvoir adjudicateur. Elle ne saurait dépendre d'une appréciation de l'autorité adjudicatrice quant à leur compatibilité avec les exigences applicables à l'une et l'autre, et celle-ci pourrait encore moins dénaturer la qualification que leur a attribuée le soumissionnaire.

Du reste, la conception matérielle conduit, paradoxalement, à ne pouvoir écarter la soumission de l'offrant qui, dans le cadre d'un marché n'autorisant pas de variantes, méconnaîtrait la règle de l'unicité²⁴ en remettant deux offres mais dont l'une est (substantiellement) irrégulière.²⁵

19 C.J.C.E., 16 octobre 2003, C-421/01, *Trounfellner GmbH*, point 32.

20 *Ibid.*, point 33; voy. également Ph. FLAMME, M.-A. FLAMME et C. DARDENNE, *Les marchés publics européens et belges – L'irrésistible européanisation du droit de la commande publique*, op. cit., pp. 189 et 191, n° 152 et 154.

21 Sur la dimension problématique de l'approche matérielle, voy. également J. TUMMERS, «De vrijheid van vrije varianten is begrensd en (streng) gesanctioneerd», op. cit., pp. 231-233.

22 Sont visés de la sorte (indépendamment de la régularité de cette admission) les trois types de variantes que connaît la réglementation relative aux marchés publics, le cahier spécial des charges devant toujours au moins spécifier les conditions minimales que doivent rencontrer les alternatives aux fins d'une prise en considération (voy. *infra*, n° 5).

23 Sur ce que l'interdiction de principe de déposer plusieurs offres et la sanction qui s'y attache tendent à ne pas imposer ni permettre au pouvoir adjudicateur d'effectuer un choix entre les différentes propositions émanant d'un même soumissionnaire à la place de ce dernier, voy. D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten*, op. cit., p. 509, n° 1338; 8. SCHUYER, «De rechtspraak van het Hof van Justitie (1998-2004) en de Raad van State (1998-2003) inzake de gunning van overheidsopdrachten», op. cit., pp. 108-109, n° 44.

24 Sur ce principe et ses implications, voy. *supra*, n° 2.

25 Un récent arrêt statue en ce sens: «Te dezen werd door de verwerende partij niet zonder reden vastgesteld dat het door de tussenkomende partij subsidiair voorgestelde wachthuisje "niet aan de vereisten van het bestek (voldoet)" en werd het niet in de beoordeling betrokken [...] Vermits er aldus geen sprake is van twee of meerdere bestekconforme aanbiedingen kan de schending van het voornoemde artikel 103 van de wet van 27 maart 1962 niet worden aangevoerd» (C.E., n° 195.256, 14 juillet 2009, *n.v. JC Decaux Belgium Publicité*, point 7.1 *in fine*, nous soulignons). Cette approche amène toutefois le pouvoir adjudicateur à devoir rechercher la proposition à retenir, contrairement à la *ratio* de l'obligation faite au soumissionnaire

L'intention de l'offrant peut se marquer par un *...* presse des différentes offres déposées mais également ressortir implicitement de la présentation d'une solution en ordre principal, où doit se voir l'offre de base, assortie de propositions complémentaires s'analysant en variantes.²⁶

En cas de réel doute, le pouvoir adjudicateur pourrait à notre sens encore, du moins en appel d'offres²⁷ ou en procédure négociée, inviter le soumissionnaire à préciser, dans le délai raisonnable qu'il lui impartit, la portée respective des différentes offres qu'il a remises, à condition que le marché admette des variantes.²⁸ Le recours à cette faculté demeure cependant délicat, en appel d'offres²⁹, dans la mesure où la question touche à la régularité substantielle de la soumission. Certaines décisions considèrent en effet que celle-ci doit nécessairement s'apprécier sur la base des seules soumissions et non d'éléments complémentaires, excluant toute prise de contact du pouvoir adjudicateur en la matière.³⁰

de ne présenter qu'une seule offre. En inférant la qualité d'une offre de son seul contenu, l'approche matérielle mène encore à d'autres résultats singuliers : ainsi, dans toute la rigueur du propos, la remise d'une offre irrégulière devrait en ce cas équivaloir à l'absence de toute offre. Elle interdirait dès lors de réserver un traitement différent à ces deux situations, que les chambres néerlandaises admettent pourtant en matière de variantes facultatives (voy. *infra*, n° 12 et 13).

26 La Haute juridiction administrative s'est prononcée en ce sens, en déclarant que « het feit dat de [verkozen inschrijver] twee modellen heeft voorgesteld [...], in tegenstelling tot het aanbod van de verzekerende partij, [brengt] niet mee dat de verwerende partij nog bepaalde keuzes diende te maken. De tussenkomende partij schuift in haar offerte immers op duidelijke wijze één hoofdaanbieding naar voren met een eenheid van concept [...]. Het alternatieve [materiaal] is onmiskenbaar ondergeschikt aan deze hoofdlijn vermits het de enige afwijking van deze lijn uitmaakt » (C.E., n° 195.256, 14 juillet 2009, *n.v. JC Decaux Belgium Publicité*, point 7.1).

27 Articles 115, al. 5, de l'A.R. n° 1 et 103, al. 5, de l'A.R. n° 2. Sur le régime et l'étendue de cette faculté d'interrogation, voy. notamment D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten*, op. cit., pp. 558-560, n° 1473, 1474 et 1477 ; M.-A. FLAMME, Ph. MATHIE, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et C. DARDENNE, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, op. cit., T. 1A, pp. 1079-1081 et 1083-1087, n° 14 et 17 ; N. KIEKENS, « Beoordeling en vergelijking van de offertes », in D. D'HOOGHE (éd.), op. cit., pp. 836-837, n° 551 ; R. VAN MEUSEN, « Aperçu de jurisprudences de la Cour de Justice des Communautés européennes et du Conseil d'Etat en matière de passation de marchés publics (2003-2007) », C.D.P.K., 2007, pp. 542-544, n° 43-45. Ce mécanisme ne s'applique en revanche pas à la procédure d'adjudication, encore que le Conseil d'Etat en ait récemment évoqué la mise en œuvre dans ce cadre (C.E., n° 181.352, 19 mars 2008, *s.a. Etablissements Deltre*).

28 Contra J. TIMMERMANS, « De vrijheid van vrije varianten is begrensd en (streng) gesanctioneerd », op. cit., p. 231. En l'absence de quelconques indications dans l'invitation, la demande priant le soumissionnaire de déclarer la nature des offres qu'il a remises ne nous paraît toutefois pas de nature à le placer, davantage qu'avant l'ouverture des plis, en position d'influer sur le classement des offres ni partant de se livrer aux manipulations dont le risque est dénoncé, si du moins des variantes sont admises. Dans le cas contraire, l'interrogation ouvrirait au soumissionnaire concerné un choix inadmissible quant à l'offre qu'il entend voir exclure, à un moment où il a connaissance des prix remis par ses concurrents, préalablement proclamés.

29 Sauf au cahier spécial des charges à disposer autrement, les règles relatives à la régularité des offres des Titres VI de l'A.R. n° 1 et VII de l'A.R. n° 2 ne s'appliquent en revanche pas aux marches passés par procédure négociée (C.E., n° 83.481, 16 novembre 1999, *n.v. Flandria International*, point 3.2.2.2 ; C.E., n° 185.195, 7 juillet 2008, *s.a. Computer Land* ; N. KIEKENS, « Beoordeling en vergelijking van de offertes », op. cit., p. 771, n° 1389).

30 C.E., n° 171.003, 10 mai 2007, *n.v. Herbosch-Kiere*, (« *voorts mag het aanvullen of wijzigen van een offerte er niet toe leiden dat een verplicht nietig te beschouwen offerte wordt geregulariseerd* ») ; voy. également C.E., n° 116.294, 21 février 2003, *s.a. Fujitsu Siemens Computers* ; C.E., n° 198.594, 7 décembre 2009, *s.a. TWT*, et *s.a. Depret*. Cette analyse ne nous paraît cependant pas s'appliquer lorsque, comme en l'espèce, la demande tend à l'obtention de précisions. Dans une telle hypothèse, aucun élément de la soumission ne permet en effet de conclure à son irrégularité (pas plus qu'à sa conformité) et l'invitation ne vise, partant, aucune régularisation mais est destinée uniquement à permettre au pouvoir adjudicateur d'apprécier correctement l'admissibilité d'une offre. La jurisprudence récente du Conseil d'Etat estime, par ailleurs, « que les offres sont présumées régulières, sauf décision contraire et dûment

En tout état de cause, la soumission du concurrent qui négligerait de déférer à cette demande doit à notre sens être évincée dans son intégralité³¹, le pouvoir adjudicateur s'avérant en ce cas dans l'impossibilité de déterminer la nature, et partant la régularité, des offres à analyser.³²

Le libellé des prescriptions du cahier spécial des charges pourrait toutefois, en assimilant une proposition conforme aux exigences initiales à une offre de base³³, commander une qualification au regard du contenu des propositions plutôt que de l'intention de l'offrant, exposant par là les soumissionnaires à des risques conséquents.

Si la démarche est recommandée en raison des incertitudes régnant en la matière, le pouvoir adjudicateur devra dès lors prêter une particulière attention à la manière dont il formule les exigences relatives aux variantes et à l'offre de base dans les documents appelés à régir un marché.³⁴

5. Types de variantes – La réglementation décline la figure de la variante en trois catégories distinctes³⁵, obéissant à un régime en partie différent.³⁶

Tout d'abord, le pouvoir adjudicateur peut imposer, s'agissant d'une variante obligatoire, ou solliciter, auquel cas la variante est facultative, la remise d'une

motivée de l'autorité adjudicatrice » (C.E., n° 159.604, 6 juin 2006, *s.a. Close* ; C.E., n° 176.389, 31 octobre 2007, *s.m. Envirawall-Ferrari* ; C.E., n° 176.434, 5 novembre 2007, *s.a. Veolia Es Gamatrans*).

31 La Cour des comptes estime cependant que « [il] n'y a pas d'obligation pour les soumissionnaires de qualifier eux-mêmes leurs offres en termes de soumission de base, de variantes dirigées ou de variantes libres » (Cour des comptes, 158^{ème} cahier, op. cit., p. 155).

32 Dans cet ordre d'idées, le Conseil d'Etat a récemment jugé, en matière de prix anormaux, que « gelet op het niet antwoorden van de [onderverraagde inschrijver] is er geen verantwoording van de eenheidsprizen en van het totaalbedrag ; de verwerende partij kon derhalve niet onderzoeken of de verantwoordelijkheid gerechtvaardigd was en mocht dan ook niet anders dan vaststellen dat het vermoeden van een abnormaal lage prijs bevestigd werd » (C.E., n° 189.336, 8 janvier 2009, *b.v.b.a. E.S.E.*, nous soulignons). Plus délicate en revanche est l'attitude que doit adopter le pouvoir adjudicateur en présence d'une réponse tardive. Par analogie à nouveau avec la règle qui prévaut dans le cadre du contrôle de la normalité des prix, celui-ci peut selon nous, sans néanmoins y être contraint, prendre en considération les indications qui lui seraient parvenues hors délai, dans le respect du principe d'égalité (M.-A. FLAMME, Ph. MATHIE, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et C. DARDENNE, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, op. cit., T. 1A, p. 994, n° 33).

33 Le Juge de l'excès de pouvoir a ainsi indiqué « que le cahier spécial des charges [qui] obligeait chaque soumissionnaire à « présenter une solution complète et entièrement conforme au dossier d'appel d'offres qui constitue sa solution de base », [...] faisait [...] de cette obligation [...] un mode de « présentation de la soumission » » (C.E., n° 58.982, 3 avril 1996, *s.a. Entreprises Koeckelberg*). La clause qui, à l'inverse, impose à l'offre de base une parfaite conformité aux spécifications du projet initial exposées dans le cahier spécial des charges n'a en revanche pas cet effet.

34 Pour un exemple d'élaboration plus détaillée dans le cahier spécial des charges, bien qu'elle n'ait pas empêché des appréciations divergentes, voy. C.E., n° 168.573, 7 mars 2007, *s.a. A.L.E.X.*, op. cit., p. 156 ; C.E., n° 168.570, 6 mars 2007, *b.v.b.a. Uniform Diffusion*, op. cit., p. 149.

35 Sur la distinction, voy. également, parmi d'autres, Cour des comptes, 158^{ème} cahier, op. cit., p. 153 ; D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten*, op. cit., pp. 331-333, n° 830-832 ; M.-A. FLAMME, Ph. MATHIE, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et C. DARDENNE, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, op. cit., T. 1A, pp. 250-251, n° 5 et 10 ; Ph. FLAMME, M.-A. FLAMME et C. DARDENNE, *Les marchés publics européens et belges – L'irrésistible européanisation du droit de la commande publique*, op. cit., p. 187, n° 149 ; L. SCHILLINGS, « De vaststelling van de voorwaarden voor de gunning van de opdracht », op. cit., pp. 467-469, n° 807-808 et 812.

36 Voy. *infra*, n° 7-8.

alternative dont l'objet, la nature et la portée sont entièrement définis dans le cahier spécial des charges.³⁷

A l'inverse, la variante libre – appelée auparavant « suggestion » – résulte de l'initiative des soumissionnaires, sans que le cahier spécial des charges n'ait obligatoirement à en ait déterminer précisément l'objet.³⁸ Si elle favorise l'innovation par une implication de la créativité des concurrents, sa parenté avec les irrégularités matérielles ou les réserves suscite de délicates questions d'égalité entre soumissionnaires et de comparaison des offres qui ont conduit à en restreindre l'admissibilité³⁹, et, par voie de conséquence, à circonscrire la notion même de variante libre.

6. Impossible coexistence des options – Soulignant l'origine essentiellement pratique de la figure et l'absence d'un véritable encadrement réglementaire⁴⁰, certains proposent encore de distinguer les variantes, alternatives tendant à la satisfaction d'un même besoin que la proposition de base, des options, qui visent des prestations additionnelles et accessoires que le pouvoir adjudicateur se réserve la faculté de commander ou non.⁴¹ D'aucuns exposent par ailleurs que l'option peut résulter d'une demande du pouvoir adjudicateur mais également de l'initiative des soumissionnaires.⁴²

Cette position, à laquelle souscrivent au moins implicitement certaines décisions du Conseil d'Etat⁴³, nous laisse cependant perplexes.

La rencontre des options induit en effet inmanquablement la remise de différentes offres dans le cadre d'un même marché. Or, le principe de l'offre unique ne connaît d'exception que sous la forme de variantes⁴⁴, et ne laisse ainsi pas de place aux options en tant que telles.

Spécialement en adjudication où prévaut la règle du classement unique, leur assimilation aux variantes⁴⁵, pour concevable qu'elle soit, priverait néanmoins le pouvoir adjudicateur de la liberté de choix qu'il entendait précisément se ménager et ferait ainsi perdre à la technique des options son principal intérêt, au détriment des préoccupations légitimes qu'elle pouvait servir.⁴⁶

L'objectif recherché peut néanmoins encore être atteint en lançant simultanément plusieurs marchés dont l'objet diffère légèrement, tout en précisant qu'un seul parmi eux est susceptible d'être attribué. Les documents du marché devraient en ce cas attirer l'attention des soumissionnaires sur le lien entre ces procédures parallèles et le risque à ne pas soumissionner dans chacune de celles-ci.⁴⁷

Si elle apparaît moins lourde, la division du marché en lots peut en revanche imposer l'attribution de prestations étroitement imbriquées à des opérateurs différents, et ne forme partant pas, d'ordinaire, une solution adéquate.

II. Le régime des variantes et de l'offre de base

A. L'admissibilité des variantes dans les différents modes de passation

7. En adjudication – Seules les variantes imposées ou autorisées sont admises dans le cadre de la procédure d'adjudication. Le cahier des charges doit toutefois en préciser l'objet, leur nature et leur portée, éléments sans lesquels

23 décembre 2002, s.a. Goessens et fils, Entr. & Dr., 2003, p. 162 et rapport P. Nihoul, qui expose, en son point 4.4, que « le système des options, outre qu'il n'est pas prévu par la législation relative aux marchés publics, est radicalement incompatible avec l'automatisme de la procédure d'adjudication », dès lors qu'« en raison de la règle du classement unique [...], ce mode de passation ne pourrait s'accommoder d'une liberté de choix laissée au pouvoir adjudicateur quant à d'éventuelles prestations supplémentaires ». Une décision ultérieure admet en revanche qu'en procédure d'appel d'offres, le pouvoir adjudicateur pouvait choisir de retenir certaines options et d'en écarter d'autres avant même l'évaluation des offres (C.E., n° 183.174, 21 mai 2008, s.m. Aqualège e.a.).

44 Voy. supra, n° 2.

45 Même s'il n'était pas invité à se prononcer sur ce point, le Conseil d'Etat n'a pas toujours vu d'objection à lire une variante dans une prestation dont l'étendue différait pourtant de l'offre de base (C.E., n° 85.842, 7 mars 2000, b.v.b.a. Algemene Ondernemingen Aerts, points 1.2 et 3.1.3).

46 Particulièrement en appel d'offres, le procédé permettrait au pouvoir adjudicateur de susciter la concurrence sur des aspects ou parties annexes d'une opération et de les commander pour autant qu'elles n'excèdent pas l'enveloppe budgétaire disponible.

47 Aux fins d'alléger les nouvelles charges que cette manière de procéder impose aux soumissionnaires, le pouvoir adjudicateur pourrait également y inscrire la faculté de se référer à certains documents voire même à l'offre « principale » déposés dans le cadre de l'une de ces procédures (à déterminer) et de développer uniquement, dans le cadre des passations parallèles, les aménagements qui y sont apportés.

37 Voy., en matière d'adjudication, les articles 113, al. 1^{er}, de l'A.R. n° 1 et 101, al. 1^{er}, de l'A.R. n° 2 et, en ce qui concerne l'appel d'offres, les articles 115, al. 4, de l'A.R. n° 1 et 103, al. 4, de l'A.R. n° 2.

38 C.E., n° 67.852, 29 août 1997, n.v. Strukton De Meyer, point 3.2; J. TIMMERMANS, « De vrijheid van vrije varianten is begrensd en (streng) gesanctioneerd », op. cit., pp. 225-226.

39 Sur cette question, voy. infra, n° 7-8.

40 La réglementation évoque en effet uniquement les options à propos des modalités de calcul du montant estimé des marchés à passer (articles 2, 28 et 54 de l'A.R. n° 1 et 23, 52, et 44 de l'A.R. n° 2; articles 9.1 de la Directive 2004/18/CE du Parlement Européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services et 17.1 de la Directive 2004/17/CE du Parlement Européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux), sans néanmoins les définir.

41 J. NOËL (coord.), *Les marchés publics. Droits belge et européen*, Charleroi, Esimap, 2001, p. 294; B. SCHUTTEN, « De rechtspraak van het Hof van Justitie (1998-2004) en de Raad van State (1998-2003) inzake de gunning van overheidsopdrachten », op. cit., p. 109, n° 46; P. THIEU, *Mémento des marchés publics et des PPP*, Bruxelles, Kluwer, 2010, p. 204, n° 87; comp. P. Nihoul, rapport préc. C.E., n° 114.127, 23 décembre 2002, s.a. Goessens et fils, Entr. & Dr., 2003, p. 172, point 4.3.1. Pour un cas d'application d'un marché comportant des options obligatoires, voy. C.E., n° 183.174, 21 mai 2008, s.m. Aqualège e.a.

42 L. SCHELLEKENS, « De vaststelling van de voorwaarden voor de gunning van de opdracht », op. cit., pp. 474-475, n° 823-825.

43 C.E., n° 82.143, 26 août 1999, n.v. Waste Collection Systems, point 3.2.3 (« dat het [...] voorstel om naast de uitvoering van de omschreven opdracht zoals voorgesteld in [de] offerte, twee supplementen uit te voeren, niet lijkt te kunnen worden aangemerkt als een vrije variante »); C.E., n° 186.371, 18 septembre 2008, t.h.v. Depret-Roegiers, point 9 (« [b]ovendien valt [...] te betwijfelen of [de] verkazen inschrijver inzake de buitenconstructie wel varianten heeft ingediend. [...] De miniprijzen die [deze vennootschap] opgegeven heeft in haar offerte lijken als dusdanig geen alternatieve technische oplossing of alternatief concept te betreffen »); C.E., n° 192.903, 30 avril 2009, n.v. Soresma et n.v. Meteoservices, point 8.5. Dans un autre arrêt, la Haute juridiction administrative relève « que les variantes ont pour but de faire remettre prix pour un autre procédé ou un autre matériau que ceux prévus dans l'offre de base en vue de réduire, le cas échéant, le prix du marché, tandis que l'option porte sur un travail supplémentaire », pour conclure que la seconde est incompatible avec la procédure d'adjudication en raison de l'incertitude qui pèse sur l'ampleur du marché, ne se résolvant qu'après l'ouverture des offres (C.E., n° 114.127,

il n'est pas possible d'opérer un classement de toutes les offres, offres de base et offres avec variante confondues⁴⁸, comme l'exigent les articles 113 et 101 respectivement de l'A.R. n° 1 et n° 2. L'obligation de désigner exactement l'objet des variantes et de préciser nettement leur nature a pour but de permettre l'application correcte de la règle selon laquelle, en adjudication, le marché est confié au soumissionnaire ayant remis la soumission conforme la plus basse sur la base d'un classement unique des soumissions et des variantes.⁴⁹ L'absence de ces éléments ou leur manque de précision entraîne par conséquent l'inadmissibilité de toute variante, fût-elle même expressément autorisée ou imposée par les documents du marché, en raison de l'irrégularité dont sont entachés ces derniers sur ce point et de l'impossibilité subséquente pour le pouvoir adjudicateur de comparer ces variantes.

Les variantes libres ne sont pas ici admises⁵⁰ puisqu'elles ne permettraient plus d'opérer un classement unique entre des offres comparables sur la seule base de leur prix. Le pouvoir adjudicateur ne peut donc en accepter le dépôt. De la même manière, il déclarera inadmissible toute suggestion spontanément déposée par un soumissionnaire.

A les supposer même admissibles en tant que telles⁵¹, le refus de confier, dans les procédures d'adjudication, la délimitation de propositions alternatives à l'initiative des soumissionnaires doit également conduire à en exclure les options qui ne sont pas entièrement définies dans les documents du marché.

8. En appel d'offres – Le pouvoir adjudicateur peut, en appel d'offres, imposer ou autoriser le dépôt de variantes. Le cahier des charges doit, alors, préciser l'objet, la nature et la portée de ces variantes imposées ou autorisées.

L'article 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 prévoit également que pour l'attribution du marché, il est tenu compte des variantes libres proposées dans l'offre, dans la mesure où l'avis de marché ou le cahier spécial des charges ne les interdit pas.⁵²

Cette disposition, comme l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993 en ce qu'il prévoit que « *sauf si le cahier spécial des charges en dispose autrement, le pouvoir adjudicateur peut prendre en considération les éventuelles variantes libres présentées par les soumissionnaires* », nous paraît entrer en contradiction avec l'article 24 de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004. A suivre l'arrêté royal et la disposition légale précitée qu'il exécute, lorsque le cahier des charges n'interdit pas le dépôt de variantes libres ou, conservant le silence à cet égard, n'autorise pas non plus formellement ce dépôt, la soumission de variantes libres serait ad-

missible. Or, l'article 24 – 2, de la directive 2004/18/CE prévoit que « *les pouvoirs adjudicateurs indiquent dans l'avis de marché s'ils autorisent ou non les variantes; à défaut d'indication, les variantes ne sont pas autorisées* ». Compte tenu de la primauté du droit communautaire et de l'effet direct de cette disposition de la directive qui aurait dû être transposée depuis le 31 janvier 2006, il convient d'en faire prévaloir le texte sur celui de la loi interne, en tout cas pour les marchés dont la valeur excède les seuils européens.⁵³

A défaut d'indication dans les documents du marché, les variantes libres ne devraient donc pas être autorisées. Cette règle permet de respecter la jurisprudence de la Cour de justice⁵⁴ comme la finale de l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993.

Les variantes dites « libres », formule dont on peut se demander s'il elle doit encore être conservée⁵⁵, doivent donc, elles aussi, être spécialement autorisées aujourd'hui, ne fût-ce même qu'implicitement⁵⁶ par l'édiction de conditions minimales auxquelles les variantes doivent répondre.

Une autorisation de pure forme ne suffit toutefois pas en la matière, puisque comme l'exigent tant l'article 24-3 et 4 de la directive 2004/18/CE que l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993, le pouvoir adjudicateur qui autorise le dépôt de variantes est tenu de⁵⁷ mentionner dans le cahier des charges les exigences minimales que les variantes doivent respecter, ainsi que les modalités de leur soumission, et il ne peut prendre en considération que les variantes répondant à ces exigences minimales. A défaut pour le cahier des charges de définir concrètement lesdites conditions, les variantes ne peuvent être retenues ou prises en compte, même si elles ont été formellement autorisées par ailleurs. Le droit communautaire, que rejoint la législation belge sur ce point, aboutit ainsi à ériger la mention expresse de ces conditions minimales en une condition de recevabilité⁵⁸ des variantes libres. La même conclusion s'impose pour les marchés passés dans les secteurs spéciaux, malgré le texte de l'article 103 de l'A.R. n° 2. L'article 36 de la directive 2004/17/CE prévoit en effet que lorsque le critère d'attribution du marché est celui de l'offre économiquement la

53 F. MOISES et A. VANDEBURIE, « Eléments délicats de la décision d'attribution. Contrôle des prix anormaux, variantes, sanction du conflit d'intérêts, publicité des critères d'attribution », *Mouv. Com.*, octobre 2008, p. 494.

54 Voy. C.J.C.E., 25 avril 1996, C-87/94, *Commission c. Belgique*. Sur cet arrêt, voy., not., les observations de M.-A. FLAMME et Ph. FLAMME, « L'affaire des « bus wallons », et la condamnation étonnante des variantes libres (ou suggestions) dans les appels d'offres », *Entr. & Dr.*, 1996, pp. 324-327. En ce sens, voy. également: C.E., n° 173.711, 27 juillet 2007, s.a. *Entreprises Jan De Nul e.a.*; C. De KONINCK, *Overheidsopdrachtenrecht (Klassieke sectoren)*, Boek I. *Algemene inleiding*. Gunning van overheidsopdrachten, op. cit., p. 209; L. SCHELLEKENS, « De vaststelling van de voorwaarden voor de gunning van de opdracht », op. cit., p. 472, n° 819.

55 Cour des comptes, 158ème cahier, op. cit., p. 155, laquelle se demande également comment la variante libre peut être distinguée de la variante dirigée.

56 Comp. P. FLAMEY et K. WALTERS, *Overheidsopdrachten. Overzicht van rechtspraak Raad van State 1997-2005*, op. cit., p. 54; J. TIMMERMAN, « De vrijheid van vrije varianten is begrensd en (streng) gesanctioneerd », op. cit., pp. 226-227.

57 Il n'en a pas seulement le droit comme on a pu le soutenir: voy. C.E., n° 155.094, 16 février 2006, n.v. *Strukton De Meyer*.

58 M.-A. FLAMME, Ph. FLAMME et C. DARDENNE, *Les marchés publics européens et belges. L'irrésistible européanisation du droit de la commande publique*, op. cit., p. 189, n° 152.

48 C.E., n° 52.701, 5 avril 1995, n.v. *Bouwbedrijf van Roey*.

49 C.E., n° 19.693, 15 juin 1979, *Sogeco*, *Entr. & Dr.*, 1983, p. 137.

50 C.E., n° 40.313, 15 septembre 1992, s.a. *Franki*, *Entr. & Dr.*, 1993, p. 268; D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten*, op. cit., p. 332, n° 830; C. De KONINCK, *Overheidsopdrachtenrecht (Klassieke sectoren)*, Boek I. *Algemene inleiding*. Gunning van overheidsopdrachten, op. cit., p. 208.

51 Voy. *supra*, n° 5.

52 Pour les secteurs spéciaux, l'article 103 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 prévoit également que pour l'attribution du marché, il est tenu compte des variantes libres proposées dans l'offre, dans la mesure où le cahier spécial des charges ne les interdit pas.

plus avantageuse, les entités adjudicatrices peuvent prendre en considération des variantes présentées par des soumissionnaires lorsqu'elles répondent aux exigences minimales requises par ces entités adjudicatrices. Les entités adjudicatrices indiquent dans le cahier des charges si elles autorisent ou non les variantes, et, lorsqu'elles les autorisent, les exigences minimales que les variantes doivent respecter ainsi que les modalités pour leur soumission.⁵⁹

Par définition, ces conditions minimales ne sauraient être en tous points identiques aux prescriptions applicables à l'offre de base ou aux variantes imposées.⁶⁰ En effet, dans le cas où une variante libre s'avérerait totalement conforme au projet de base tel que défini à travers les spécifications du cahier spécial des charges, il s'agirait d'une seconde offre, laquelle devrait être rejetée en vertu du principe de l'offre unique.⁶¹ Par suite, l'admissibilité d'une variante libre étant liée au respect de prescriptions minimales différentes des spécifications de l'offre de base, le dépôt d'une variante de ce type n'est envisageable que lorsque le pouvoir adjudicateur a énoncé ces prescriptions et l'a, par là, ne fût-ce même qu'implicitement, autorisé. Il s'ensuit que si le cahier spécial des charges ne prévoit aucune prescription minimale précise pour les variantes, ou que les conditions prescrites sont insuffisantes et que l'article 16 de la loi n'a dès lors pas été observé, la remise de variantes libres n'est pas admissible. Le pouvoir adjudicateur ne peut alors légalement les prendre en considération.⁶²

À l'inverse, lorsque le cahier spécial des charges n'autorise pas formellement le dépôt de variantes libres, mais fixe les exigences minimales auxquelles elles doivent répondre et les conditions de leur soumission, elles doivent être prises en compte par le pouvoir adjudicateur.⁶³

Dès lors que l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993 tend à informer tous les soumissionnaires de la même manière sur les conditions minimales à rencontrer afin que le pouvoir adjudicateur puisse prendre en considération les alternatives qui lui sont proposées d'initiative, objectif qui participe de l'obligation de transparence visant à garantir le respect du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires⁶⁴, le cahier spécial des charges ne peut se limiter à prévoir un cadre dans lequel doivent être exprimées les variantes libres. Ainsi, ne satisfait pas à l'exigence tenant à la mention des conditions minimales requises, le cahier des charges qui se borne à renvoyer à une disposition de la législation nationale selon laquelle l'offre alternative garantit la fourniture d'une prestation qualitativement équivalente par rapport à celle faisant l'objet de l'appel d'offres.⁶⁵ De même, selon le Conseil d'Etat, une disposition du cahier des char-

59 Comp. avec l'article 60, alinéa 2, de la loi du 23 décembre 1993.

60 Voy. également *supra*, n° 3.

61 Cour des comptes, 158^{ème} cahier, op. cit., p. 155.

62 C.J.C.E., 16 octobre 2003, C-421/01, *Traunfellner GmbH*, point 33. Sur cet arrêt voy., not., M. DISCHENDORFER, « The Assessment of Variants under EC public procurement Rules: The Traunfellner Case », *R.P.L.R.*, 2004, NA 67-73.

63 L. SCHELLEKENS, « De vaststelling van de voorwaarden voor de gunning van de opdracht », op. cit., p. 470; J. TIMMERMANS, « De vrijheid van vrije varianten is begrensd en (streng) gesanctioneerd », op. cit., p. 228.

64 C.J.C.E., 16 octobre 2003, C-421/01, *Traunfellner GmbH*, point 29; C.E., n° 173.711, 27 juillet 2007, s.a. *Entreprises Jan De Nul e.o.*

65 C.J.C.E., 16 octobre 2003, C-421/01, *Traunfellner GmbH*, points 25-30.

ges qui se contente d'énoncer que l'offre alternative doit garantir la fourniture d'une prestation quantitativement équivalente par rapport à celle faisant l'objet de l'offre de base ne se distingue pas de la définition de l'objet du marché et ne peut être considérée comme énonçant des exigences minimales s'appliquant aux variantes libres comme l'impose l'article 16 de la loi.⁶⁶

Viola également la notion de variante libre, le cahier spécial des charges qui indique seulement que lesdites alternatives doivent tenir compte des spécifications techniques du marché. Une variante libre ne pourrait en effet tout à la fois satisfaire aux spécifications techniques du marché et être néanmoins différente de l'offre de base⁶⁷, ce que la règle de l'offre unique impose.⁶⁸

Répondent en revanche, selon le Conseil d'Etat, aux exigences légales précitées en matière de variante libre les documents du marché qui, bien qu'on n'y trouve pas une disposition indiquant à proprement parler ces conditions minimales, définissent l'offre de base et soumettent les variantes libres à un nombre limité de prescriptions qui lui sont applicables, prescriptions qui doivent alors être considérées comme des conditions minimales au sens de l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993.⁶⁹

Si la réglementation laisse au pouvoir adjudicateur le soin de décider s'il désire autoriser ou interdire les variantes et d'établir quel type de variantes il entend prendre en considération, celui-ci ne dispose pas en la matière d'une marge d'appréciation illimitée, soustraite à tout contrôle juridictionnel.⁷⁰ Le pouvoir adjudicateur ne pourrait en effet permettre, par la remise de variantes libres, de déroger aux prescriptions administratives essentielles du cahier spécial des charges⁷¹, comme celles relatives, par exemple, au cautionnement, au paiement, aux garanties ou aux sanctions⁷², ni même à certaines prescriptions techniques fondamentales ou impératives⁷³ sans quoi l'objet ou le but même du marché risqueraient d'être remis en cause⁷⁴, rendant ainsi impossible la comparaison des

66 C.E., n° 173.711, 27 juillet 2007, s.a. *Entreprises Jan De Nul e.o.* Comp. avec C.E., n° 195.257, 14 juillet 2009, n.v. *City advertising Benelux*.

67 C.E., n° 120.103, 3 juin 2003, b.v.b.a. *Aelterman e.o.*, op. cit., p. 193.

68 Voy. *supra*, n° 2 et 3.

69 C.E., n° 83.753, 30 novembre 1999, n.v. *City advertising Benelux*; C.E., n° 195.257, 14 juillet 2009, n.v. *City advertising Benelux*.

70 Conclusions de l'avocat général S. AUBA précédant C.J.C.E., 16 octobre 2003, C-421/01, *Traunfellner GmbH*, point 43.

71 S. VERBEKE, « Een vrije variante op een gekend thema - Het arrest nr. 57.593 van 18 januari 1996 van de Raad van State », op. cit., p. 20; C. DE KONINCK, *Overheidsopdrachtenrecht (Klassieke sectoren)*, Boek I. *Algemene Inleiding*. Gunning van overheidsopdrachten, op. cit., p. 206; L. SCHELLEKENS, « De vaststelling van de voorwaarden voor de gunning van de opdracht », op. cit., p. 472, n° 819.

72 M.-A. FLAMME, Ph. MATHIE, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et C. DARDENNE, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, Bruxelles, op. cit., T. 1A, p. 287; C.E., n° 61.230, 29 août 1996, s.a. *Essa Inc.*

73 S. VERBEKE, « Een vrije variante op een gekend thema - Het arrest nr. 57.593 van 18 januari 1996 van de Raad van State », op. cit., p. 22; G. DEBEAU, « L'établissement des offres et le choix de l'adjudicataire », in *Les marchés publics. Droits belge et européen*, op. cit., Vol. I, p. 525, n° 608.

74 Rem. toutefois que l'article 24-4, in fine de la directive 2004/18/CE prévoit que dans les procédures de passation de marchés publics de fournitures ou de services, les pouvoirs adjudicateurs qui ont autorisé des variantes ne peuvent rejeter une variante pour la seule raison qu'elle aboutirait, si elle était retenue, respectivement soit à un marché de services au lieu d'un marché public de fournitures, soit à un marché de fournitures au lieu d'un marché public de services. Voy. aussi l'article 84, alinéa 2 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

offres. De même, une variante ne pourrait présenter des différences techniques telles par rapport à celles requises pour l'offre de base qu'elles empêcheraient son appréciation à l'aide des critères d'attribution qui doivent être appliqués à l'ensemble des soumissions, offres de base et offres avec variantes confondues, faute de spécifications correspondantes dans l'appel d'offres concernant l'adéquation de ces critères aux éventuelles variantes.

En définitive, toute la difficulté consiste, pour le pouvoir adjudicateur qui entend susciter des variantes libres, à déterminer dans quelle mesure les soumissionnaires peuvent s'éloigner du projet de base en vue de formuler des solutions innovantes auxquelles il n'aurait pas songé, sans compromettre dans le même temps la comparabilité des offres. C'est la raison pour laquelle la législation communautaire impose que les prestations proposées en variante, tout en se distinguant de la prestation de base faisant l'objet de l'appel d'offres et des prescriptions qui y sont applicables, répondent à des exigences minimales dont l'établissement revient au pouvoir adjudicateur. Celui-ci ne semble pas être tenu de les définir en termes d'exigences techniques⁷⁵, bien que l'administration puisse fixer des contraintes de cet ordre, et devrait pouvoir se limiter à énoncer à cette fin l'objet, les qualités, les objectifs, les caractéristiques⁷⁶ ou encore les résultats des prestations qu'il entend voir atteindre les variantes.⁷⁷

9. En procédure négociée – Le dépôt de variantes n'est pas exclu lorsque le pouvoir adjudicateur décide de recourir à la procédure négociée.⁷⁸ Ce procédé peut même, contrairement à ce que l'on pense parfois⁷⁹, s'avérer fort utile lors de la phase de consultation des soumissionnaires.⁸⁰ Ceux-ci peuvent alors, en effet, proposer immédiatement, de leur propre initiative lorsque le pouvoir adjudicateur le permet ou à sa demande, une ou plusieurs solutions innovantes ou originales auxquelles l'autorité n'aurait pas songé.

L'utilité des variantes dans ce type de procédure apparaît également à la lecture d'un récent arrêt du Conseil d'Etat. La Haute juridiction administrative a eu l'occasion d'y rappeler que la circonstance que l'attribution du marché se déroule par procédure négociée ne dispense pas le pouvoir adjudicateur de tirer les conséquences de la décision prise préalablement de ne pas autoriser de varian-

75 J. TIMMERMANS, «De vrijheid van vrije varianten is begrensd en (streng) gesanctioneerd», *op. cit.*, p. 235.

76 L. SCHELLEKENS, «De vaststelling van de voorwaarden voor de gunning van de opdracht», *op. cit.*, p. 473, n° 820.

77 Conclusions de l'avocat général S. AUBER précédant C.J.C.E., 16 octobre 2003, C-421/01, *Traunfellner GmbH*, point 62. Comp., toutefois, avec C.E., n° 173.711, 27 juillet 2007, *s.a. Entreprises Jan De Nul e.a.*, décision qui semble par conséquent trop sévère à cet égard.

78 L'article 84 de l'A.R. n° 1 et l'article 70 de l'A.R. n° 2 disposent d'ailleurs que «[e]n appel d'offres ainsi qu'en procédure négociée lorsque l'attribution se fait ou soumissionnaire ayant remis l'offre la plus intéressante en fonction de critères déterminés par le pouvoir adjudicateur, une variante libre ne peut être rejetée pour la seule raison qu'elle a été établie avec des spécifications techniques définies par référence à des normes nationales transposant des normes européennes ou à des agréments techniques européens ou à des spécifications techniques communes» (nous soulignons). Voy. également D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten*, Bruges, die Keure, 1997, p. 331, n° 830; G. DERAU, «L'établissement des offres et le choix de l'adjudicataire», *op. cit.*, p. 530; L. SCHELLEKENS, «De vaststelling van de voorwaarden voor de gunning van de opdracht», *op. cit.*, p. 468, n° 809.

79 P. THIEL, *Mémento des marchés publics*, Waterloo, Kluwer, 2006, p. 118.

80 Voy., par exemple, C.E., n° 125.482, 19 novembre 2003, *s.a. Derriks*.

tes. En l'espèce, le pouvoir adjudicateur avait, après consultation de différents soumissionnaires, décidé de négocier avec une entreprise qui, si elle n'avait pas déposé formellement de variante, présentait une offre de base qui s'écartait des prescriptions techniques du cahier des charges en proposant une solution alternative afin de raccourcir les délais d'exécution. En agissant de la sorte alors qu'un soumissionnaire évincé avait proposé la même solution alternative sous forme de variante, laquelle avait été écartée au motif que les documents du marché en interdisaient le dépôt, l'entité adjudicatrice viole le principe d'égalité.⁸¹ La solution de cette affaire aurait été différente si la remise de variante avait été autorisée, à tout le moins tolérée.

Si l'utilité de cette technique peut donc également assurément être démontrée ici, l'on constatera que la réglementation en vigueur, nationale comme européenne, n'exige pas que le pouvoir adjudicateur précise dans le cahier spécial des charges si les variantes sont autorisées ou interdites, ni quelles forment elles doivent présenter. Dans le silence des textes, les autorités publiques devraient cependant s'inspirer des exigences qui se dégagent des autres procédures d'attribution, puisque celles-ci ont pour objectif de garantir la comparabilité des offres. La remise de variantes entièrement libres devrait aussi pouvoir être acceptée puisque dans le cadre de cette procédure, le pouvoir adjudicateur a toujours la possibilité, s'il décide de porter son choix sur la variante proposée de demander aux (ou à d') autres soumissionnaires consultés de remettre une nouvelle offre incluant cette variante.

L'on observera toutefois que même en procédure négociée, l'entité adjudicatrice ne peut accepter une variante qui s'écarterait d'une prescription technique essentielle du cahier spécial des charges qui lui est applicable, ou d'une de ses dispositions administratives de même nature. Le respect du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires exige en effet, afin de garantir une comparaison objective entre les propositions remises par les différents soumissionnaires, que toutes les offres soient conformes aux prescriptions fondamentales du cahier des charges.⁸²

Il se peut également que le pouvoir adjudicateur soit tenu de requérir ou de permettre le dépôt de variantes lorsqu'il l'a imposé ou toléré dans le cahier spécial des charges relatif à la procédure du marché auquel il a renoncé avant de recourir à la procédure négociée. Il en est ainsi lorsque le recours à la procédure négociée est fondé sur l'article 17, § 2, 1°, d), de la loi du 24 décembre 1993, qui dispose qu'il peut être traité par procédure négociée sans respecter de règle de publicité lorsque seules des offres irrégulières ont été déposées à la suite d'une adjudication ou d'un appel d'offres, ou qu'il n'a été proposé que des prix inacceptables, pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées et que le pouvoir adjudicateur consulte tous les soumissionnaires qui répondaient aux conditions minimales de caractère professionnel, économique et technique déterminées par le Roi et qui ont déposé une offre conforme aux exigences formelles de la première procédure. Cette

81 C.E., n° 194.337, 18 juin 2009, *n.v. Franki construct e.a.*

82 C.J.C.E., 22 juin 1993, C-243/89, *Commission c. Danemark*, point 37.

disposition déroge au principe suivant lequel en procédure négociée, le pouvoir adjudicateur peut arrêter librement les documents du marché puisqu'elle impose de ne pas modifier « substantiellement » les conditions initiales du marché. Il s'ensuit que lorsqu'elle se fonde sur cette disposition, l'autorité adjudicatrice qui entend recourir à la procédure négociée doit maintenir, dans le cadre de cette procédure, la substance des conditions du marché qu'elle avait prescrites initialement en adjudication ou en appel d'offres.⁸³ Or, la remise d'une variante obligatoire relève, nous semble-t-il, de la substance des conditions initiales du marché.⁸⁴ Le pouvoir adjudicateur doit donc reproduire cette exigence; à tout le moins a-t-il un intérêt certain à agir de la sorte.

B. La régularité des variantes remises

10. Obligation de procéder à l'examen de la régularité des variantes – En appel d'offre comme en adjudication, le pouvoir adjudicateur qui impose ou autorise le dépôt de variantes doit en préciser l'objet, la nature et la portée. Les variantes libres ne sont, elles, admises en appel d'offres que si le cahier spécial des charges reprend les conditions minimales auxquelles elles doivent répondre.⁸⁵ Il doit également mentionner les modalités de leur soumission.

Il revient au pouvoir adjudicateur d'apprécier la régularité des variantes déposées au regard de ces prescriptions.⁸⁶ Il vérifiera toutefois avant cela si le marché admettait, à tout le moins, des variantes, la proposition alternative devant être déclarée, en appel d'offres et en adjudication, inadmissible dans le cas contraire. Une fois cet élément vérifié, un contrôle de conformité aux conditions minimales imposées par les documents du marché permettra d'en évaluer la régularité.

Cette décision, qui peut faire l'objet d'un contrôle juridictionnel, doit, lorsqu'elle déclare une variante irrégulière, en préciser les raisons⁸⁷, sans quoi elle peut vicier la procédure d'attribution subséquente.⁸⁸ Cette exigence est toutefois d'autant plus difficile à respecter lorsque les dispositions du cahier spécial des charges relatives au dépôt de variantes sont susceptibles de différentes interprétations.

11. Conséquences du dépôt d'une variante irrégulière – Une variante qui ne se conformerait pas à ces prescriptions doit, en principe, être rejetée, étant irrégulière.^{89, 90} L'on peut toutefois se demander si l'examen de la régularité des

variantes obéit à un régime comparable à celui régissant les offres de base⁹¹, qui permet au pouvoir adjudicateur, moyennant due motivation, de retenir les offres qui n'apparaissent entachées que d'une irrégularité relative.

En tout état de cause, le pouvoir adjudicateur ne pourrait, sans éluder la réglementation applicable, admettre une variante affectée d'irrégularités telles que la comparabilité des offres pourrait être mise en péril.

De même, une variante qui s'écarterait d'une prescription administrative essentielle du cahier spécial des charges qui lui est applicable ou d'une prescription technique de même nature⁹² à laquelle il n'est pas permis d'y déroger, devrait être rejetée, étant affectée d'une irrégularité substantielle.

Enfin, l'irrégularité substantielle qui sanctionne l'interdiction de présenter plus d'une offre, hors des variantes⁹³, nous paraît s'opposer à ce qu'une entité adjudicatrice admette à l'évaluation, aux côtés de l'offre de base, une autre proposition du même soumissionnaire qui apparaîtrait en tous points conforme aux exigences premières du cahier spécial des charges. Une telle manière de procéder reviendrait en effet à contourner cette prohibition essentielle.

12. Conséquences du dépôt d'une variante irrégulière sur l'offre de base – L'irrégularité d'une variante entraîne, sauf à admettre l'existence d'irrégularités relatives, le refus de prise en compte de cette variante pour l'attribution du

91 Pour rappel, l'examen de la régularité d'une offre par le pouvoir adjudicateur s'effectue conformément à l'article 110, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 ou 98 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996, précités, lesquels disposent comme suit: « Sans préjudice de la nullité de toute offre dont les dispositions dérogeraient aux prescriptions essentielles du cahier spécial des charges, telles celles énumérées à l'article 89, le pouvoir adjudicateur peut considérer comme irrégulières et partant comme nulles, les offres qui ne sont pas conformes aux dispositions du présent titre, qui expriment des réserves ou dont les éléments ne concourent pas avec la réalité ». Le Conseil d'Etat considère que cette disposition distingue deux régimes de traitement des irrégularités d'une offre. Elle établit le principe de la nullité absolue des offres qui ne sont pas conformes aux prescriptions essentielles du cahier spécial des charges, à savoir celles énumérées à l'article 89 du même arrêté royal et celles reconnues comme telles dans le cahier spécial des charges, étant entendu qu'une accumulation de non-conformités non substantielles peut par ailleurs être considérée globalement comme substantielle par rapport aux exigences du cahier spécial des charges et conduire à l'élimination de l'offre. En-dehors de ces prescriptions essentielles, l'article 110 prévoit un régime de nullité relative, le pouvoir adjudicateur disposant d'un large pouvoir d'appréciation en la matière, puisqu'il est libre de retenir ou d'écarter des offres qui contiennent des dérogations aux autres clauses contractuelles pour autant qu'il respecte le principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires et que la qualification retenue ne soit pas entachée d'une erreur manifeste d'appréciation (C.E., n° 156.427, 15 mars 2006, s.a. *Bauynges Belgium et s.a. Groupe Thiran*). Sur la distinction entre les régimes d'irrégularité substantielle et relative, voy. notamment C.E., n° 183.174, 21 mai 2008, s.m. *Aqualège e.a.*; C.E., n° 192.127, 1^{er} avril 2009, s.p.r.l. *F.H.W. Architectes*; D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten*, op. cit., pp. 457-464, n° 1201-1223; P. FLAMME et K. WAUTERS, *Overheidsopdrachten. Overzicht van rechtspraak Raad van State 1997-2005*, op. cit., pp. 60-65, n° 98-107; M.-A. FLAMME, Ph. MATHEI, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et C. DAROCHNE, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, op. cit., T. 1A, pp. 964-973 et 985-986, n° 3-9 et 19; N. KIEKENS, « Beoordeling en vergelijking van de offertes », op. cit., pp. 773-784, n° 1397-1415; B. SCHUYSEN, « De rechtspraak van het Hof van Justitie (1998-2004) en de Raad van State (1998-2003) inzake de gunning van overheidsopdrachten », op. cit., pp. 111, n° 55; R. VAN MUSEN, « Aperçu de jurisprudences de la Cour de justice des Communautés européennes et du Conseil d'Etat en matière de passation de marchés publics (2003-2007) », op. cit., pp. 539 et 541-542, n° 36 et 39-41.

92 C.E., n° 61.230, 29 août 1996, s.a. *Esso Inc.*, T. Gem., p. 200, note de J. STEVENS. Adde: C.E., n° 91.703, 19 décembre 2000, b.v.b.a. *Expa Stand*.

93 Voy. supra, n° 2 et 3.

83 C.E., n° 182.272, 23 avril 2008, s.a. *Maurice Wanty*.

84 Son omission vicie en effet la soumission dans son intégralité (voy. infra, n° 13).

85 Voy. supra, n° 8.

86 C.E., n° 173.072, 2 juillet 2007, s.a. *Immo Max e.a.*

87 C.E., n° 142.035, 15 mars 2005, n.v. *Herbosch-Kiere*.

88 Il en est ainsi assurément en procédure d'adjudication.

89 Rem. que l'article 84, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, tel que modifié par l'article S3 de l'arrêté royal du 29 septembre 2009, prévoit qu'en appel d'offres ainsi qu'en procédure négociée lorsque l'attribution se fait au soumissionnaire ayant remis l'offre la plus intéressante en fonction de critères déterminés par le pouvoir adjudicateur, une variante libre ne peut être rejetée pour la seule raison qu'elle a été établie avec des spécifications techniques définies par référence à des normes nationales transposant des normes européennes ou à des agréments techniques européens ou à des spécifications techniques communes, ou par référence à des spécifications techniques nationales.

90 Appliquée à toute forme d'irrégularité, la compatibilité de cette sanction avec le principe de proportionnalité mériterait toutefois d'être débattue.

marché. Dût-il même s'agir d'une variante obligatoire⁹⁴, elle n'implique pas, en revanche, l'irrégularité de l'offre de base⁹⁵, laquelle ne peut dès lors être écartée pour cette raison. En d'autres termes, la régularité de l'offre de base ne peut dépendre du dépôt de variantes régulières. L'on considère en effet que l'offre avec variante et l'offre de base sont deux offres différentes et indépendantes⁹⁶, qui doivent être distinguées l'une de l'autre. Dès lors, si la soumission de base est conforme aux prescriptions du cahier spécial des charges, elle doit être prise en considération par l'entité adjudicatrice.⁹⁷ Cette autonomie de l'offre de base et de l'offre avec variante n'est toutefois pas complète puisque lorsque les documents du marché imposent le dépôt de variantes, cette exigence constitue une condition substantielle du marché, dont l'omission entraîne, comme on le verra, l'écartement de l'ensemble de la soumission.

La solution proposée dans la variante écartée pouvait néanmoins s'avérer fort avantageuse pour le pouvoir adjudicateur. Si ce dernier désire y recourir, la solution la plus simple consiste à renoncer à passer le marché et à lancer une nouvelle procédure d'attribution.⁹⁸ En effet, si l'autorité décide de choisir l'offre de base du soumissionnaire ayant présenté la variante irrégulière, dans l'objectif de recourir à la solution proposée par ce soumissionnaire par la voie d'un avenant au contrat, elle se heurterait à un autre obstacle. La jurisprudence de la Cour de justice est en effet fixée en ce sens que les modifications du contrat en cours d'exécution doivent faire l'objet d'une nouvelle procédure d'attribution, sauf si la modification ainsi imposée n'est pas substantielle.⁹⁹

L'on relèvera également que lorsque le pouvoir adjudicateur interdit le dépôt de variantes, celui-ci ne peut choisir l'offre d'un soumissionnaire qui, sans déposer formellement de variantes, s'écarte dans son offre de base des prescriptions techniques du cahier des charges en proposant une solution alternative par exemple, afin de raccourcir les délais d'exécution. Cette offre doit être écartée dès lors qu'elle contient une irrégularité substantielle, caractère que lui confère

l'interdiction de remise de variantes.¹⁰⁰ Pareille interdiction impose en outre une lecture stricte des dispositions du cahier spécial des charges.¹⁰¹ Admettre une solution inverse aboutirait à violer l'égalité des soumissionnaires dès lors qu'à la seule lecture des documents du marché, ceux-ci ne peuvent pas savoir que certaines dérogations sont admises, lesquelles bénéficieraient au seul soumissionnaire concerné. À l'inverse, lorsque le cahier spécial des charges autorise, entre autres, le dépôt de variantes, l'on peut considérer que les spécifications techniques y sont prévues sans une rigueur absolue et que les soumissionnaires disposent d'une certaine liberté à leur égard, pourvu que les objectifs assignés au matériel par le cahier des charges soient atteints.¹⁰² L'offre qui, tout en s'écartant de ces prescriptions, propose néanmoins une solution qui permet d'atteindre ces objectifs ne paraît pas pouvoir être considérée comme entachée d'irrégularités substantielles.

C. L'incidence du dépôt d'une variante non autorisée et de l'omission d'une variante ou de l'offre de base

13. Omission du dépôt d'une variante obligatoire ou autorisée – Lorsque le cahier spécial des charges impose le dépôt d'une variante, le soumissionnaire est tenu proposer tant l'offre de base que cette variante.¹⁰³ Le dépôt de la variante constitue en ce cas une condition de validité de l'ensemble de la soumission¹⁰⁴, et l'absence de soumission pour une variante obligatoire constitue dès lors une irrégularité substantielle¹⁰⁵ entraînant l'écartement de l'offre avec variante et de l'offre de base.¹⁰⁶ En raison de la nullité absolue¹⁰⁷ de l'ensemble de la soumission qui en découle, l'offre de base¹⁰⁸ ne pourra être admise à la comparaison avec les autres offres.¹⁰⁹ Cette solution, qui peut paraître sévère, se justifie par la nécessité d'observer une égalité de traitement entre soumissionnaires.

100 Dans ce sens, mais où l'irrégularité relevée consistait à avoir remis, alors que le cahier spécial des charges interdisait le dépôt de variantes, après l'ouverture des offres, une offre modifiée: C.E., n° 164.972 et 164.973, 21 novembre 2006, n.v. Fire Technics.

101 C.E., n° 190.928, 26 février 2009, n.v. Hye Waterbouw.

102 C.E., n° 116.294, 21 février 2003, s.a. Fujitsu Siemens Computers.

103 Rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 25 mars 1999 modifiant l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, M.B., 9 avril 1999.

104 S. VERBEKE, «Een vrije variante op een gekend thema – Het arrest nr. 57.593 van 18 januari 1996 van de Raad van State», op. cit., p. 18; C. DE KONINCK, *Overheidsopdrachtenrecht (Klassieke sectoren)*. Boek I. Algemene Inleiding. Gunning van overheidsopdrachten, op. cit., p. 206.

105 M.-A. FLAMME, Ph. MATHEI, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et C. DARDENNE, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, op. cit., p. 257; C.E., n° 116.074, 18 février 2003, n.v. Heijmans Infra, cependant, dans cette affaire, le cahier spécial des charges prévoyait expressément qu'une variante obligatoire devait être déposée «sous peine de nullité»; Civ. Liège, 3 janvier 1983, *Entr. & Dr.*, 1983, p. 227, obs.

106 C.E., n° 167.577, 8 février 2007, n.v. Van Laere e.a.; C.E., n° 33.583, 12 décembre 1989.

107 S. VERBEKE, «Een vrije variante op een gekend thema – Het arrest nr. 57.593 van 18 januari 1996 van de Raad van State», op. cit., p. 18.

108 C.E., n° 46.050, 8 février 1994, s.a. C.F.E., op. cit., p. 86.

109 G. DEREAU, «L'établissement des offres et le choix de l'adjudicataire», op. cit., p. 516, note 3.

94 M.-A. FLAMME, Ph. MATHEI, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et C. DARDENNE, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, op. cit., p. 257; S. VERBEKE, «Een vrije variante op een gekend thema – Het arrest nr. 57.593 van 18 januari 1996 van de Raad van State», op. cit., p. 18.

95 C.E., n° 46.050, 8 février 1994, s.a. C.F.E., *Entr. & Dr.*, 1995, p. 86; C.E., n° 168.573, 7 mars 2007, s.a. A.L.E.X., op. cit., p. 156. Comp. avec C.E., n° 168.570, 6 mars 2007, b.v.b.a. Uniform Diffusion, op. cit., 2007, p. 149, qui rejette l'offre du requérant au motif que la variante déposée ne constitue pas une variante, mais une seconde offre, puisqu'elle est en tout point conforme aux prescriptions techniques qu'impose le cahier des charges pour l'offre de base. Cette requalification de l'offre présentée en variante, qui procède d'une conception matérielle de la notion, s'expose à notre sens à critique (voy. *supra*, n° 4).

96 S. VERBEKE, «Een vrije variante op een gekend thema – Het arrest nr. 57.593 van 18 januari 1996 van de Raad van State», op. cit., p. 18; C. DE KONINCK, *Overheidsopdrachtenrecht (Klassieke sectoren)*. Boek I. Algemene Inleiding. Gunning van overheidsopdrachten, op. cit., p. 206; M.-A. FLAMME, Ph. MATHEI, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et C. DARDENNE, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, op. cit., p. 257.

97 C. DE KONINCK, *Overheidsopdrachtenrecht (Klassieke sectoren)*. Boek I. Algemene Inleiding. Gunning van overheidsopdrachten, op. cit., p. 206.

98 M.-A. FLAMME, Ph. MATHEI, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et C. DARDENNE, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, op. cit., p. 255.

99 C.J.C.E., 19 juin 2008, C-454/06, Presstext Nachrichtenagentur.

Le défaut de dépôt d'une variante autorisée n'a, quant à elle, aucune incidence sur la validité de l'offre de base.¹¹⁰ Une omission aux documents du marché ne peut être déclarée irrégulière si son auteur omet de remettre une variante autorisée ou libre. Il faut néanmoins souligner que si les documents du marché devaient sanctionner pareille omission par une nullité de l'offre de base, la variante devrait être requalifiée en variante obligatoire.

14. Conséquences du dépôt d'une variante non (légalement) autorisée – L'émission d'une variante, lorsqu'elle est expressément interdite ou seulement non autorisée, ou qu'elle doit être considérée comme telle en cas d'imprécision des documents du marché relativement aux conditions minimales auxquelles cette variante doit répondre, ne constitue pas, en principe¹¹¹, une cause de nullité de l'offre de base.¹¹² Autrement dit, la remise d'une variante interdite ou non autorisée ne saurait affecter la régularité de l'offre de base¹¹³, ni de la variante obligatoire lorsqu'elle existe.¹¹⁴ Cette erreur sera sanctionnée par le refus de prendre en considération l'offre avec une telle variante pour l'attribution du marché, ladite proposition devant être considérée comme frappée d'une irrégularité substantielle.¹¹⁵

15. Dépôt d'une variante sans offre de base – La possibilité ou l'obligation de déposer une ou plusieurs offres avec variantes ne dispense pas les soumissionnaires de remettre une offre conforme au projet de base.¹¹⁶

Quelques auteurs, s'appuyant sur certains arrêts du Conseil d'Etat, estiment qu'il convient d'opérer à cet égard une distinction selon que le cahier spécial des charges impose ou non de remettre une offre de base conforme aux documents du marché.¹¹⁷ Lorsqu'il en est ainsi, le défaut d'une offre de base

devrait aboutir au rejet total de la soumission, même lorsque celle-ci contient une variante, la soumission étant affectée d'une irrégularité substantielle.¹¹⁸ Par contre, faute pour le cahier spécial des charges d'imposer une telle obligation, les offres qui ne comportent que la ou les variante(s) dont le dépôt est imposé, seraient recevables.¹¹⁹

Nous estimons, pour notre part, que la remise d'une offre uniquement sous forme de variante, sans dépôt d'une offre pour la solution de base, n'est pas admissible.¹²⁰ Tant l'article 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 que l'article 100 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 prévoient en effet expressément que si le cahier spécial des charges impose ou autorise des variantes, « le soumissionnaire remet offre pour le projet de base ».

Par conséquent, lorsque pareille situation vient à se présenter, le pouvoir adjudicateur n'aura, le plus souvent, pas d'autre choix que d'écarter la ou les variantes ainsi déposées. En effet, s'il la considère comme une variante, il doit constater que la soumission ne contient pas d'offre de base, et est à ce titre irrégulière. S'il requalifie l'offre avec variante en offre de base¹²¹, il devra considérer, excepté le cas où la variante ne diverge pas en réalité du projet de base, que celle-ci n'est pas conforme à ce projet, ce qui l'obligera à la déclarer irrégulière et à l'écarter. Par conséquent, une variante ne peut pas être déposée seule, sans l'offre de base qu'elle doit accompagner. Si tel était néanmoins le cas, la variante ne pourrait qu'être rejetée.

Une solution identique s'impose lorsque le soumissionnaire dépose plusieurs variantes mais aucune offre de base. Le pouvoir adjudicateur ne peut dans une telle hypothèse requalifier une offre avec variante en offre de base dans le but de sauver les autres offres en variante, au motif que si l'offre de base peut être jugée irrégulière, les offres avec variantes doivent être traitées comme des offres séparées et ne peuvent, si elles sont conformes aux prescriptions des documents du marché, être écartées.¹²² En procédant de la sorte, l'entité adjudicatrice pourrait en effet, en violation du principe d'égalité, manipuler les offres déposées en vue d'attribuer le marché à un soumissionnaire qu'elle entend privilégier.

ce cas de figure, l'entité adjudicatrice serait contrainte d'écarter la soumission qui ne contiendrait pas d'offre de base.

110 M.-A. FLAMME, Ph. MATHEI, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et C. DARDENNE, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, op. cit., p. 259; S. VERBEKE, « Een vrije variante op een gekend thema – Het arrest nr. 57.593 van 18 januari 1996 van de Raad van State », op. cit., p. 19; C. DE KONINCK, *Overheidsopdrachtenrecht (Klassieke sectoren). Boek I. Algemene Inleiding. Gunning van overheidsopdrachten*, op. cit., p. 207.

111 Le pouvoir adjudicateur pouvant toujours stipuler une clause emportant de tels effets dans les documents du marché.

112 Rapport du premier auditeur J. FORTMID, rapport préc. C.E., n° 26.414, 25 avril 1986, *Entr. & Or.*, 1987, p. 91; M.-A. FLAMME, Ph. MATHEI, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et C. DARDENNE, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, op. cit., p. 254, note; P. THIEL, *Mémento des marchés publics*, op. cit., p. 118.

113 D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten*, op. cit., p. 594, n° 1563; S. VERBEKE, « Een vrije variante op een gekend thema – Het arrest nr. 57.593 van 18 januari 1996 van de Raad van State », op. cit., p. 18; C. DE KONINCK, *Overheidsopdrachtenrecht (Klassieke sectoren). Boek I. Algemene Inleiding. Gunning van overheidsopdrachten*, op. cit., pp. 206-210.

114 C.E., n° 52.712, 5 avril 1995, s.a. *Etablissements K. Bouve*.

115 C.E., n° 182.931, 15 mai 2008, n.v. *VME*; J. SREVEN, « « Suggesties » en « Vrije varianten » », *T. Gem.*, 1997, p. 205, à propos du dépôt d'une variante libre lorsque le cahier spécial des charges n'indique pas les conditions minimales les concernant.

116 C.E., n° 27.550, 18 février 1987, s.p.r.l. *Oswald Heck*, *Entr. & Dr.*, 1990, p. 303.

117 M.-A. FLAMME, Ph. MATHEI, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et C. DARDENNE, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, op. cit., pp. 259 et 292. Adde: S. VERBEKE, « Een vrije variante op een gekend thema – Het arrest nr. 57.593 van 18 januari 1996 van de Raad van State », op. cit., p. 19; C. DE KONINCK, *Overheidsopdrachtenrecht (Klassieke sectoren). Boek I. Algemene Inleiding. Gunning van overheidsopdrachten*, op. cit., p. 207, ces deux derniers auteurs ne retiennent toutefois cette distinction qu'en présence d'une variante obligatoire et se refusent à étendre cette solution à la situation où le cahier spécial des charges autorise seulement le dépôt d'une ou de plusieurs variantes facultatives. Dans

118 M.-A. FLAMME, Ph. MATHEI, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et C. DARDENNE, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, op. cit., p. 259; S. VERBEKE, « Een vrije variante op een gekend thema – Het arrest nr. 57.593 van 18 januari 1996 van de Raad van State », op. cit., p. 18.

119 C.E., n° 37.314, 25 juin 1991.

120 Oans ce sens également: P. THIEL, *Mémento des marchés publics*, op. cit., p. 118. Comp. L. SCHELLERENS, « De vaststelling van de voorwaarden voor de gunning van de opdracht », op. cit., pp. 468-469.

121 Ce qu'il n'a, à notre sens, pas le pouvoir de faire (voy. également *supra*, n° 4 et 12 et *infra*, n° 19).

122 Voy. M.-A. FLAMME, Ph. MATHEI, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et C. DARDENNE, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, op. cit., p. 292; C.E., n° 116.074, 18 février 2003, n.v. *Heijmans Infra*, qui décide que l'irrégularité de l'offre de base n'implique pas automatiquement l'irrégularité d'une variante imposée.

D. La comparaison, l'évaluation et le classement des offres en présence de variantes

16. **Variantes et critères d'attribution** – Avant toute chose, on rappellera, car cela est parfois perdu de vue¹²³, qu'en aucun cas les variantes ne peuvent constituer des critères d'attribution. Les offres avec variantes sont en effet à évaluer au regard du ou des différents critères mentionnés dans le cahier spécial des charges¹²⁴; elles ne peuvent constituer ces critères eux-mêmes.¹²⁵ En d'autres termes, l'intérêt des variantes doit être apprécié par rapport aux mêmes critères d'attribution que les offres de base, critères avec lesquels elles ne sauraient dès lors se confondre.¹²⁶ C'est la raison pour laquelle, en vue de pouvoir comparer les variantes de façon transparente, la législation exige que le cahier spécial des charges mentionne les exigences minimales que doivent respecter les variantes, ainsi que les modalités de leur présentation.¹²⁷

La solution contraire permettrait d'attribuer, illégalement, le marché au soumissionnaire ayant remis une offre affectée d'une irrégularité substantielle, notamment lorsque l'offre n'est pas accompagnée d'une variante obligatoire. A suivre la logique d'une analyse du dépôt de variantes sous cet angle, une soumission qui ne satisferait pas à ce critère pourrait être choisie, nonobstant cette irrégularité, si elle emporte l'adhésion au regard des autres.¹²⁸ Une variante ne peut constituer un critère d'attribution puisque cette qualification n'implique pas l'éviction de la soumission en cas d'omission d'une variante imposée, alors qu'il s'agit d'une irrégularité substantielle. Si les variantes pouvaient constituer des critères d'attribution à part entière, leur admissibilité en adjudication s'expliquerait par ailleurs difficilement, dès lors que l'attribution du marché y est déterminé exclusivement par référence au critère du prix.

La remise d'une variante, lorsque son dépôt est autorisé, ou d'un plus grand nombre de variantes que les autres soumissionnaires, ne peuvent donc être considérés comme un avantage permettant de gratifier l'offre du soumissionnaire qui en est l'auteur. De la même manière, le critère de la « conformité des of-

fres à la demande », ne peut être apprécié au regard du nombre ou de l'absence de variantes présentées par un adjudicataire, lorsque le dépôt de variantes n'est pas imposé.¹²⁹

L'admission de variantes n'est toutefois pas neutre au regard de la détermination des critères d'attribution. Etant donné que les offres de base et offres avec variantes doivent être appréciées à l'aune des mêmes critères d'attribution, le pouvoir adjudicateur veillera lors de leur élaboration à choisir des critères de nature à conférer un avantage à des solutions plus novatrices que celles auxquelles il avait songé.¹³⁰ Dans le cas contraire, les variantes doivent être rejetées. En d'autres termes, une variante qui appellerait le recours à des critères non prévus dans le cahier spécial des charges pour pouvoir être utilement comparée aux autres offres ne peut être ni retenue.¹³¹

17. **En adjudication** – En adjudication publique ou restreinte, le marché est attribué au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière la plus basse d'après un classement unique des offres de base et des variantes. Les offres de base et les offres avec variantes font donc, ensemble, l'objet d'un même classement, conformément aux articles 113 et 101 des arrêtés royaux respectivement du 8 et du 10 janvier 1996. Cela signifie que dans le rapport d'analyse des offres, les variantes sont traitées comme des offres distinctes.¹³²

Le pouvoir adjudicateur ne dispose donc d'aucune liberté de choix quant à l'opportunité de la solution présentée dans une variante. Il est en effet tenu, après avoir vérifié l'admissibilité et la régularité des offres de base et des variantes, de retenir, au terme d'un classement global de celles-ci, l'offre la plus basse, qu'elle soit en base ou en variante. L'entité adjudicatrice est partant liée dans son choix d'une variante par le prix¹³³, et ne dispose pas de la faculté d'attribuer le marché au soumissionnaire ayant remis une offre avec variante plus intéressante que l'offre régulière la plus basse¹³⁴, même si ces deux offres se trouvent être les deux moins chères et émanent du même soumissionnaire.¹³⁵ Elle doit choisir celle de ces deux offres qui affiche le prix le plus bas. De même, l'administration ne peut autoriser l'adjudicataire à exécuter l'ouvrage selon la variante dont il serait l'auteur si celle-ci n'était pas la moins disante.

Le critère de ce classement est, suivant l'article 15, alinéa 2, de la loi du 24 décembre 1993, le prix offert, augmenté « des autres éléments chiffrables qui viendront, d'une manière certaine, s'y ajouter ». Le Conseil d'Etat a eu l'occasion de

123 Voy. le cahier spécial des charges applicable au marché ayant donné lieu à l'arrêt du Conseil d'Etat n° 181.351, 19 mars 2008, s.a. *Dalkia*. Adde: C.E., n° 101.745, 11 décembre 2001, n.v. *De Dendermeingen S.B.B.M. en Six construct.*

124 D. D'HOOGE, *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten*, op. cit., p. 598, n° 1574; C. DE KONINCK, *Overheidsopdrachtenrecht (Klassieke sectoren). Boek I. Algemene Inleiding. Gunning van overheidsopdrachten*, op. cit., pp. 207-211; A.-L. DURVAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire. Analyse critique d'un système*, op. cit., p. 489; Cour des comptes, 19^{ème} cahier d'observations adressé au Parlement wallon, session 2007-2008, p. 106.

125 G. DEREAU, « L'établissement des offres et le choix de l'adjudicataire », op. cit., pp. 523-524, n° 605. Voy. C.E., n° 147.654, 14 juillet 2005, n.v. *Cegelec*, qui constate l'irrégularité de la procédure sans qu'il estime avoir besoin de répondre au moyen qui critiquait l'emploi du critère « variante » comme critère d'attribution.

126 M.-A. FLAMME, Ph. FLAMME et C. DARDENNE, *Les marchés publics européens et belges. L'irrésistible européanisation du droit de la commande publique*, op. cit., p. 191, n° 155. Dans ce sens également, voy. l'exposé des motifs du projet de loi du 15 juin 2006 relatif aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, DOC 51-2237/001, p. 42; L. SCHEELKENS, « De vaststelling van de voorwaarden voor de gunning van de opdracht », op. cit., p. 469, n° 811.

127 Voy. *supra*, n° 7 et 8.

128 Rapport de Monsieur l'auditeur P. GILLIAUX, sous C.E., n° 38.458, 10 janvier 1992, *Orbeta*, Entr. & dr., 1993, p. 202.

129 *Ibid.*, p. 201. L'arrêt décide, toutefois, que la circonstance que l'adjudicataire a déposé davantage de variantes que l'autre soumissionnaire permettait au pouvoir adjudicateur de considérer son offre comme étant plus intéressante à l'égard du critère « conformité des offres à la demande ».

130 A.-L. DURVAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire. Analyse critique d'un système*, op. cit., p. 489.

131 G. DEREAU, « L'établissement des offres et le choix de l'adjudicataire », op. cit., p. 525, n° 608.

132 Cour des comptes, 158^{ème} cahier, op. cit., p. 153.

133 A.-L. DURVAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire. Analyse critique d'un système*, op. cit., p. 489.

134 D. D'HOOGE, *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten*, op. cit., p. 594, n° 1562.

135 C. DE KONINCK, *Overheidsopdrachtenrecht (Klassieke sectoren). Boek I. Algemene Inleiding. Gunning van overheidsopdrachten*, op. cit., p. 253.

préciser que ces « autres éléments chiffrables » sont exclusivement ceux qui apparaissent comme tels lors de l'ouverture des offres, avec cette conséquence qu'il ne peut être question d'y admettre des débours dont le caractère certain n'apparaîtrait qu'ultérieurement, car dépendant d'un aléa, fût-il objectif, qui ne se résoudrait qu'après l'ouverture des offres. Il en est ainsi de postes du cahier spécial des charges qualifiés d'« options »¹³⁶ lorsqu'au moment de l'établissement dudit cahier des charges, le pouvoir adjudicateur ignore s'il disposera des moyens de les faire réaliser par l'adjudicataire, ou s'ils feront en définitive partie du marché. Pareils postes ne peuvent être considérés comme des éléments qui viendront d'une manière certaine augmenter les débours, ceci à plus forte raison, lorsque le pouvoir adjudicateur soutient que ces « options » représentent des travaux supplémentaires par rapport à l'offre de base et sont affectés d'un caractère d'incertitude au moment de la rédaction du cahier spécial des charges. Les montants de telles « options » ne peuvent dès lors être pris en compte lors de l'établissement du classement unique devant déterminer l'offre la plus basse.¹³⁷

18. En appel d'offres - Le pouvoir adjudicateur n'est pas légalement tenu, en appel d'offres, de procéder à un classement intégré des offres de base et des variantes.¹³⁸ L'article 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 et l'article 103 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 comportent, comme seule prescription, de « *tenir compte des variantes imposées ou autorisées* », ainsi que des variantes libres lorsqu'elles sont autorisées. Le Conseil d'Etat en déduit qu'il revient dès lors au pouvoir adjudicateur d'examiner les variantes déposées et d'énoncer les motifs pour lesquels il décide de retenir ou de ne pas retenir telle ou telle variante.¹³⁹ Plus précisément, l'autorité adjudicatrice, doit, lorsque des variantes sont admises par les documents du marché, d'abord, apprécier leur régularité, ensuite, si elles sont régulières, les examiner et, enfin, énoncer les motifs pour lesquels elle décide de ne pas retenir telle ou telle variante.¹⁴⁰ Concernant cette dernière exigence, la Haute juridiction administrative a eu l'occasion de rappeler que la décision de ne pas retenir une variante ne peut s'apparenter à une clause de style. En l'espèce, le pouvoir adjudicateur avait rejeté la variante au motif qu'elle « *était contraire à la philosophie développée par le cahier spécial des charges* ». Le Conseil d'Etat rejette cette motivation qui ne trouvait, par ailleurs, aucun appui dans le dossier administratif.¹⁴¹

Le pouvoir adjudicateur dispose donc, sous la réserve du contrôle des motifs qu'il invoque à ce propos¹⁴², d'une certaine liberté dans le choix des variantes

qu'il entend prendre en compte¹⁴³ avant de procéder à la comparaison des offres de base et des variantes retenues. Il n'est dès lors pas obligé de retenir toutes les variantes régulièrement déposées¹⁴⁴ et de les évaluer en vue de les comparer. Si elles satisfont aux conditions de régularité imposées, il est toutefois contraint d'en tenir compte, c'est-à-dire qu'il doit les examiner, sans quoi la décision d'attribution n'est pas régulière¹⁴⁵ et exposer, le cas échéant, pourquoi il ne les retient pas.¹⁴⁶

Il n'est par ailleurs pas interdit au pouvoir adjudicateur d'énoncer les éléments sur la base desquels il entend évaluer l'opportunité des variantes, même s'il n'y est pas tenu. Le cahier spécial des charges peut ainsi indiquer, en vue d'en jauger les avantages et les inconvénients, que l'entité adjudicatrice appréciera les variantes non seulement quant à leur qualité technique ou esthétique, mais aussi quant à l'économie qui résulterait soit directement de leur adoption soit de la réduction du coût de fonctionnement.¹⁴⁷

Une fois ce choix opéré, le pouvoir adjudicateur est tenu de choisir l'offre qu'il juge la plus intéressante parmi les offres de base et les variantes retenues, au terme de leur confrontation à l'ensemble des critères d'attribution. A cet égard, si le pouvoir adjudicateur retient une variante, il doit tenir compte de l'impact de celle-ci sur le prix de l'offre de base pour la comparer valablement aux autres soumissions.¹⁴⁸

Lorsque l'évaluation des offres se traduit par l'attribution de points, l'offre la plus intéressante sera donc, parmi la version de base et les variantes pour lesquelles le pouvoir adjudicateur a en définitive opté, celle qui a obtenu la note la plus élevée.¹⁴⁹ Les offres de base et les variantes doivent donc être comparées en utilisant les mêmes critères, soit en classant séparément les offres de base et les variantes, et en comparant la meilleure de chacune de ces propositions, soit en classant ces propositions sans les distinguer au préalable¹⁵⁰, au sein d'un classement unique.

E. La régularisation de l'offre de base au moyen de variantes

19. Analyse - Comme toute soumission prétendant à l'obtention du marché convoité, l'offre de base doit être régulière et à ce titre, sous la réserve de la couverture dûment motivée d'une irrégularité relative, se conformer aux exigences que le cahier spécial des charges pose pour le projet initial. Confronté à une offre présentée comme offre de base irrégulière, le pouvoir adjudicateur pourrait-il cependant combiner celle-ci avec les variantes renfermant les éléments réguliers manquants pour admettre l'offre, ainsi recomposée, à concourir? Sous

136 Sur cette notion et son admissibilité, voy. également *supra*, n° 6.

137 C.E., n° 114.127, 23 décembre 2002, s.a. *Goessens et fils*.

138 S. VERBEKE, « Een vrije variante op een gekend thema - Het arrest nr. 57.593 van 18 januari 1996 van de Raad van State », op. cit., p. 19; G. DREAU, « L'établissement des offres et le choix de l'adjudicataire », op. cit., p. 526, n° 609.

139 C.E., n° 183.174, 21 mai 2008, s.m. *Aqualège e.o. Adde: D. D'HOOGHE, De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten*, op. cit., p. 598, n° 1575; S. VERBEKE, « Een vrije variante op een gekend thema - Het arrest nr. 57.593 van 18 januari 1996 van de Raad van State », op. cit., pp. 19-20.

140 C.E., n° 173.072, 2 juillet 2007, s.a. *Immo Max e.a.*

141 *Ibid.*

142 C.E., n° 84.725, 18 janvier 2000, n.v. *Fabricom air conditioning*.

143 Pour un cas d'application, voy. C.E., n° 49.144, 21 septembre 1994, s.a. *C.F.E. e.a.*

144 C.E., n° 97.249, 29 juin 2001, n.v. *Amana Belgium*.

145 C.E., n° 166.318, 27 décembre 2006, n.v. *Bioterra*.

146 C.E., n° 57.593, 18 janvier 1996, n.v. *Seghers engineering*.

147 Comp. avec C.E., n° 74.852, 30 juin 1998, s.a. *Reformet et Nizet Thirlon*.

148 C.E., n° 199.416, 11 janvier 2010, s.a. *Eurovia Belgium*.

149 C.E., n° 85.750, 2 mars 2000, n.v. *Waste Collection systems Belgium*.

150 En faveur de cette seconde solution: C. DE KONINCK, *Overheidsopdrachtenrecht (Klassieke sectoren)*. Boek I. Algemene Inleiding. Gunning van overheidsopdrachten, op. cit., p. 207.

sa forme la plus extrême, l'hypothèse envisagée consiste en une interversion du libellé qu'auraient dû avoir les offres au regard de leur contenu, lorsque le soumissionnaire propose en ordre principal un mode d'exécution répondant aux spécifications applicables à une variante, et n'offre une prestation conforme aux exigences de base qu'en variante.

La solution retenue reflètera en réalité intimement la manière d'appréhender les offres que remet un même soumissionnaire.¹⁵¹

La conception matérielle autorisera le pouvoir adjudicateur à rechercher, parmi les différentes offres proposées, celle qui satisfait aux exigences de base et à voir dans celle-ci l'offre de base, indépendamment des spécifications de l'offrant. Une décision paraît admettre en ce sens que l'inversion de l'offre de base et de la variante autorisée demeure sans incidence.¹⁵²

Dans l'approche, formelle, qui a notre préférence, le pouvoir adjudicateur ne peut en revanche s'écarter de la qualification ressortant de la présentation que fait le soumissionnaire de son pli, et ne saurait dès lors recourir aux variantes proposées pour purger l'offre qui apparaît constituer la soumission de base de ses irrégularités. Saisi de la question, le Conseil d'Etat a récemment considéré que « la partie adverse n'a pas corrigé ou recomposé les offres de base pour les vider de leurs irrégularités »¹⁵³, laissant entendre par là qu'une telle manière de procéder s'exposerait à critique.

Faute pour la soumission de contenir des indications qui contrediraient leur intitulé, l'inversion dans la désignation des offres de base et des variantes ne saurait à notre sens s'analyser en une erreur matérielle que l'acquéreur public peut rectifier, éventuellement après avoir recueilli les observations du soumissionnaire quant à son intention réelle.¹⁵⁴

151 Voy. *supra*, n° 4.

152 C.E., n° 85.842, 7 mars 2000, *b.v.b.a. Algemene Ondernemingen Aerts*, point 3.1.3 *in fine*. Cette décision, où la requérante critiquait la régularité de la variante retenue, relève en effet « dat de basis-offerte van de verzoekende partij rekening hield met het behoud van de bestaande dakbedekking; dat die inschrijving lager was dan de basisofferte van de (gekozen inschrijver), welke echter gold met verwijdering van de bestaande dakbedekking en deze inschrijver een variante had ingediend met behoud van een deel van de bestaande dakbedekking, welke lager was dan de basisofferte van de verzoekende partij ». Faute pour le cahier spécial des charges de définir un projet de base, il est toutefois malaisé d'en dégager un enseignement clair et définitif.

153 C.E., n° 183.174, 21 mai 2008, *s.m. Aqualège e.a.*.

154 Voy. les articles 111 et 114, § 1^{er}, de l'A.R. n° 1 et les articles 99 et 102, § 1^{er}, de l'A.R. n° 2. Si ces textes ne définissent pas la notion d'erreur matérielle, le Conseil d'Etat a déjà décrit comme telle l'erreur qui « résulte à la lecture des documents du métré » (C.E., n° 152.843, 16 décembre 2005, *s.a. Modal Voice Networks*), et précisé qu'elle se limitait à « een fout waaromtrent nauwelijks discussie mogelijk is » (C.E., n° 155.097, 16 février 2006, *n.v. Cleaning De Bree*), soulignant par là l'interprétation stricte que doit recevoir cette notion (N. KIEKENS, « Beoordeling en vergelijking van de offertes », *op. cit.*, p. 811, n° 1483). De même, en droit judiciaire, l'erreur matérielle s'entend de l'erreur qui ressort clairement des éléments intrinsèques de la décision du Juge, qu'ils soient contenus dans la décision elle-même ou de son contexte (A. FETWEIS, *Manuel de procédure civile*, Liège, 1987, 2^{ème} éd., n° 348; I. VERHAEGEN, « Artikel 794 Ger. W. », in *Gerechtigd recht. Artikelsgewijze commentaar*, Kluwer, 1992, n° 1). Lorsque tous les éléments et documents fournis dans la soumission, tels les métrés et annexes, indiquent au contraire que le soumissionnaire a entendu proposer en ordre principal la prestations décrit en variante, et n'offrir les exigences de base du cahier spécial des charges qu'en variante, ces conditions ne sont pas rencontrées.

Ce n'est dès lors qu'en cas de réel doute, lorsque les indications contenues dans la soumission ne permettent pas au pouvoir adjudicateur de se forger une idée résolue de la nature respective des différentes offres¹⁵⁵, et pour autant que des variantes soient admises, que celui-ci pourra inviter les soumissionnaires à s'expliquer à ce propos. En adjudication, seule une discordance répondant aux conditions – étroites – de l'erreur matérielle¹⁵⁶ peut donner lieu à interrogation; dans les autres cas, et notamment dans le silence de la soumission quant à la nature des différentes offres qu'elle contient, celle-ci doit à notre estime être rejetée dans son ensemble.

Comme exposé plus haut¹⁵⁷, l'absence de réponse du soumissionnaire nous paraît devoir emporter l'éviction de la soumission dans son ensemble, dès lors qu'elle place le pouvoir adjudicateur dans l'incapacité d'en apprécier la régularité.

Conclusion

Au moment de clore cette contribution, l'on ne peut s'empêcher de jeter un regard critique sur l'efficacité du régime des variantes. La législation sur les marchés publics a, dit-on, pour but de rapprocher le comportement des acheteurs publics de celui des opérateurs économiques. L'on peut sincèrement se demander si l'encadrement actuel des variantes atteint cet objectif. L'admissibilité des variantes est encadré à un point tel qu'elle laisse peu de place aux idées nouvelles et aux solutions réellement innovantes. Face à la technicité de la matière, l'on peut penser que les pouvoirs adjudicateurs, qui ne sont pas tous des acheteurs professionnels, seront peu enclins à laisser la porte ouverte à la présentation de nouvelles techniques, sauf dans une mesure très limitée. Si l'autorité décide néanmoins de sonder le marché sur l'existence de solutions nouvelles auxquelles elle n'aurait pas songé, il lui faudra faire appel à des experts extérieurs, ce qui augmentera les coûts du marché et allongera immanquablement les délais de procédure, au détriment de son efficacité...

155 Parmi lesquels se range bien entendu l'hypothèse d'une offre contenant des éléments qui démentent son libellé et permettent ainsi de présumer une erreur matérielle.

156 Sur le régime de la rectification des erreurs matérielles, voy. notamment D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten*, *op. cit.*, pp. 545-546, n° 1442-1446; N. KIEKENS, « Beoordeling en vergelijking van de offertes », *op. cit.*, pp. 810-812, n° 1483-1489.

157 Voy. *supra*, n° 4.